Dr. jur. Ernst Evers, Eutin:

Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und : Drittverpfändern. :

Eutin 1911.
Druck von G. Struve's Buchdruckerei.

Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern.

Inaugural-Dissertation

zur

:: Erlangung der juristischen Doktorwürde ::

vorgelegt

der juristischen Fakultät der Universität Rostock

von

ERNST EVERS, Rechtsanwalt in EUTIN.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Eutin 1911.
Druck von G. Struve's Buchdruckerei.

Referent: Professor Dr. Bernhöft

den 8. Mai 1911.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0078

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Literatur-Verzeichnis VI
Einleitung VIII

I. Ausgleichsansprüche zwischen Mitbürgen:

§ 1. a) Vorbemerkungen 1
§ 2. b) Der Ausgleich nach dem internen Ausgleichsprinzip (§ 426 Abs. 1) 11
§ 3. c) Der Ausgleich nach dem Subrogationsprinzip (§ 426 Abs. 2) . . 13

II. Ausgleichsansprüche zwischen Drittverpfändern:

§ 4. a) Vorbemerkungen 16
§ 5. b) Ausgleichsansprüche zwischen Drittverpfändern beweglicher Sachen 19
§ 6. c) Ausgleichsansprüche zwischen den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke 27
§ 7. d) Ausgleichsansprüche zwischen den Drittverpfändern von beweglichen Sachen und von Grundstücken 33

§ 8. **III. Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern** 38

Literatur-Verzeichnis.

Bendix, „Zur Lehre von dem gesetzlichen Uebergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen“ im „Archiv für bürgerliches Recht“ Bd. 25 S. 84 ff.

Biermann, „Das Sachenrecht des B. G. B.“ 2. Aufl. Berlin 1903.

Boethke, eine Besprechung der Schrift Kremers „Die Mitbürgschaft“ in Gruchots „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts“ Bd. 47 S. 857 ff.

Breit, „Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach B. G. B.“ in Gruchots „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts“ Bd. 48 S. 283 ff.

Brinck, „Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld sowie die Hypothek und die Grundschuld am eigenen Grundstück“ Berlin 1907.

Cohn, „Ueber das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und Bürgen“ in der „Juristischen Wochenschrift“ Jahrg. 1906 S. 410 ff.

Cosack, „Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts“ 4. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, „Das Pfandrecht“ Leipzig 1864.

Dernburg, „Pandekten“ 7. Aufl. Berlin 1902.

Endemann, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“ 8. und 9. Aufl. Berlin 1905.

Fischer-Henle, „Bürgerliches Gesetzbuch“ Handausgabe mit Anmerkungen, 8. Aufl. München 1909.

Fuchs, „Zur Auslegung des § 426 B. G. B.“ in „Das Recht“ 1906 S. 602 f.

Koban, „Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht“ Graz 1904.

Kremer, „Die Mitbürgschaft. Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld“ Straßburg 1902.

Last, „Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis“ in Leonhards „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts“ Heft 26, Breslau 1908.

Lippmann, „Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners“ in den „Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt“ Jena 1904, S. 180 ff.

Martinius, „Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225“ in der „Deutschen Juristen-Zeitung“ Jahrg. 1903, S. 543 ff.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, „Die gesamten Materialien zum B. G. B.“ Berlin 1899 ff.

Planck, „Bürgerliches Gesetzbuch“ 1. und 2. Aufl. Berlin 1902; 3. Aufl. Berlin 1906.

Roth, „Das Rückgriffsrecht des Bürgen“ Rostock 1903.

Rudorff, „Zu B. G. B. §§ 426, 774 Abs. 2. Die Ausgleichsforderung des Bürgen gegen Mitbürgen“ im „Archiv für die zivilistische Praxis“ Bd. 101 S. 403 ff.

Schneider, „Der Ausgleich unter mehreren für eine Kontokorrentschuld haftenden Bürgen“ in Holdheims „Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen“ 1906 S. 1 ff.

Schulz, „Rückgriff und Weitergriff“ in Leonhards „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts“, Heft 21, Breslau 1907.

Sellner, „Zur Auslegung des § 1225 B. G. B.“ in „Das Recht“ Jahrg. 1904 S. 477 ff.

Siber, „Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht“ in Jherings „Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts“ Jena 1906 S. 55 ff.

Stammler, „Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren“, Berlin 1897.

Staudinger, „Kommentar zum B. G. B.“ 2. Aufl. München 1903 und 3./4. Aufl. München 1907.

Sternberg, „Zur Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung“ in Gruchots „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts“, 52. Jahrg. S. 545 ff.

Strohal, „Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach B. G. B.“ in der „Deutschen Juristen-Zeitung“ Jahrg. 1903 S. 84 ff.

Tacken, „Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen nach dem Recht des B. G. B.“ Breslauer Dissertation, Naumburg 1907.

Windscheid-Kipp, „Lehrbuch des Pandektenrechts“ 9. Aufl. Frankfurt a./M. 1906.

Wunderlich, „Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner“ Berlin und Leipzig 1907.

Zeitlmann, „Zur Auslegung der Bestimmung, daß der kraft Gesetzes erfolgende Uebergang einer Forderung nicht zum Nachteile des früheren Gläubigers geltend gemacht werden kann“ in Seufferts „Blättern für Rechtsanwendung“ 74. Jahrg., S. 77 ff.

Einleitung.

Zur Sicherstellung von Forderungen dienen zwei Rechtsinstitute: die Bürgschaft und das Pfandrecht. Jene, die Haftung der Person mit ihrem Vermögen und deshalb Personalhaftung genannt, ist die Uebernahme der Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger, für die Verbindlichkeit des Schuldners beim Ausbleiben der Leistung einzustehen. — Das durch die Verpfändung entstehende Pfandrecht ist ein unmittelbar auf die Sache gerichtetes, ein »dingliches« Recht. Es gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, sich, falls der Schuldner nicht leistet, aus der verpfändeten Sache zu befriedigen. Man spricht hier entsprechend von einer Realhaftung.

Verpfändet werden können sowohl bewegliche Sachen wie Grundstücke; das Fahrnis-Pfandrecht hat keine Unterarten; von den Grundstücks-Pfandrechten kommt hier nur die Hypothek in Betracht; denn sie allein dient zur Sicherung von Forderungen.

Die Bürgschaft ist die persönliche Haftung für eine fremde Schuld; sie kann also nach Begriff und Wesen nur von einer dritten, vom Gläubiger und Schuldner verschiedenen Person übernommen werden. Das Pfandrecht ist rein dinglicher Natur und hat mit der Person des Verpfänders (Eigentümers) an sich nichts zu tun. Bei ihm ist es gleichgültig, ob der Verpfänder zugleich der persönliche Schuldner oder ein Dritter ist. Häufiger mag allerdings der Fall sein, daß persönlicher Schuldner und Pfandrechtsbesteller identisch sind bezw. daß der Pfandeigentümer Rechtsnachfolger des persönlichen Schuldners ist. Es ist aber auch nicht selten, daß das Pfandrecht von vornherein von einem Dritten an seiner Sache bestellt wird. Für die folgende Abhandlung kommen hauptsächlich die Fälle der letzteren Art in Betracht.

Für eine Forderung können auch mehrere Sicherungen bestehen: mehrere Bürgschaften einerseits und eine Mehrzahl von Pfandrechten — sei es an beweglichen Sachen, sei es an Grundstücken — andererseits. In jenem Fall spricht man von Mitbürgen, in diesem von Drittverpfändern (Dritteigentümern). Und eine dritte Kombination gibt es noch, daß nämlich für eine Schuld sowohl Bürgen wie Pfänder und Grundstücke haften.

In der vorliegenden Arbeit soll nun die Frage behandelt werden, ob und in welchem Umfange nach den Bestimmungen des B. G. B. einem von mehreren Bürgen und Drittverpfändern Ausgleichsansprüche gegen die übrigen zustehen für den Fall, daß der Gläubiger durch Zahlung oder Pfandverkauf oder Zwangsversteigerung befriedigt und von dem Hauptschuldner wegen Insolvenz oder aus einem anderen Grunde Ersatz nicht zu erlangen ist.

Die Abhandlung zerfällt naturgemäß in drei Hauptteile: In dem ersten soll der gegenseitige Regreß zwischen Mitbürgen, in dem zweiten der zwischen Drittverpfändern und in dem dritten der Regreß zwischen Bürgen und Drittverpfändern behandelt werden.

I. Ausgleichsansprüche zwischen Mitbürgen.

§ 1.

a) Vorbemerkungen:

1. Im B. G. B. ist eine Definition des Begriffs »Mitbürgen« nicht gegeben. Das Wort »Mitbürgen« findet sich im Gesetz selbst an zwei Stellen, in den §§ 774 und 776, ohne daß hier eine nähere Bestimmung hinzugefügt ist. Irgend welcher Zweifel über die Umgrenzung des Begriffs hat jedoch nie bestanden. Was das Gesetz unter Mitbürgen verstanden wissen will, ist aus dem § 769, wenn auch nur mittelbar, zu entnehmen: Mitbürgen sind Bürgen, die sich für dieselbe Verbindlichkeit, sei es gemeinschaftlich oder nicht gemeinschaftlich, verbürgt haben; gleichgültig ist ferner, ob die Verbürgung zu derselben Zeit oder zu verschiedenen Zeiten erfolgt ist (vergl. Motive zum B. G. B. Bd. 2 S. 666, 667, Schulz a. a. O. S. 45), und ob der eine Bürge von der Bürgschaft des anderen Bürgen Kenntnis hatte oder nicht (s. Cohn a. a. O. S. 411, Kremer a. a. O. S. 24). Danach sind Streitfragen, wie sie für das gemeine und österreichische Recht bestanden (s. Koban a. a. O. S. 140f.), für das neue Recht des B. G. B. ausgeschlossen. Nicht zu den Mitbürgen gehört ein sogen. Nach- oder Afterbürge, der sich dem Gläubiger gegenüber nur für die Erfüllung der von dem Hauptbürgen übernommenen Verbindlichkeit verpflichtet, falls die anderweitige Erfüllung derselben unterbleibt (vergl. Motive Bd. 2 S. 672), vielleicht auch nicht ein sogenannter Schadlosbürge, der sich unter der Bedingung der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners oder für den Fall des Unvermögens des letzteren oder nur für den Ausfall, welchen der Gläubiger bei der Geltendmachung seines Anspruches gegen den Hauptschuldner erleiden wird, verpflichtet hat (vergl. Kremer a. a. O. S. 14, 25). Es wird auf die Auslegung des Vertrages im Einzelfalle ankommen, inwieweit ein solcher Bürge vor anderen gewöhnlichen Bürgen einen Vorzug haben soll.

Es fragt sich ferner, ob als Mitbürgen nur die Bürgen anzusehen sind, die sich für dieselbe ganze Hauptschuld verbürgt haben, oder auch die, die für einen Teil derselben Bürgschaft übernommen haben. Ein Fall, der allerdings im praktischen Leben selten vorkommen wird, ist hier von Anfang an auszuscheiden: daß sich nämlich mehrere Bürgen für verschiedene, fest bestimmte Teile einer Schuld einem Gläubiger verpflichtet haben. Hier kann von Mitbürgen nicht die Rede sein (so auch Koban a. a. O. S. 149, vergl. Seufferts Archiv Bd. 61 S. 233f.). Es handelt sich bei obiger Frage vielmehr nur um solche Bürgen, von denen sich der eine, A, für die ganze Schuld, z. B. 100, ein zweiter, B, für einen Bruchteil, z. B. 90, ein dritter, C, ebenfalls für einen Bruchteil, z. B. 60, verbürgt haben: sind sie als Mitbürgen im Sinne des Gesetzes anzusprechen (s. Schneider a. a. O. S. 1 ff.)? Für die Antwort

maßgebend sind zwei Bestimmungen; der § 769 sagt: »Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch, wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen«; und im § 421, der auf Grund dieser Bestimmung analog zur Anwendung kommen muß, lautet die Legaldefinition des Begriffs »Gesamtschuldner«: »Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist, ...« An der ersten Stelle ist nichts davon gesagt, daß es unbedingt die Schuldsumme in ganzer Höhe sein muß, für die Bürgschaft geleistet ist; sie setzt nur voraus, daß es dieselbe Verbindlichkeit, d. h. die durch Gläubiger, Schuldner und andere besondere Umstände, z. B. durch Fälligkeit und Höhe des Zinsfußes bestimmt individualisierte Verbindlichkeit ist. Und wenn an der zweiten Stelle von der Verpflichtung, die ganze Leistung zu bewirken, die Rede ist, so ist unter der ganzen Leistung nichts Absolutes, sondern etwas Relatives zu verstehen, das unter Umständen nur ein Teil einer Schuldsumme sein kann, falls es nur von den Schuldnern, kurz gesagt, solidarisch geschuldet wird und nicht sich im Gegensatz zu nicht gesamtschuldnerisch, sondern getrennt geschuldeten einzelnen Teilen als eine »ganze Leistung« darstellt. Dasselbe muß mutatis mutandis auch bei der Bürgschaft gelten. Den Gesamtschuldnern entsprechen die Mitbürgen; Mitbürgen sind also nicht nur die Bürgen, die sich für die ganze Hauptschuld verbürgt haben, sondern auch diejenigen, die sich für einen Teil verbürgt haben, wenn sie nur bezüglich dieses Teiles zusammen Bürgen sind (vergl. Tacken a. a. O. S. 12 f.).

Mitbürgen haften als Gesamtschuldner nach § 769 B. G. B., d. h. es finden die Bestimmungen des B. G. B. über das Gesamtschuldverhältnis (§§ 421—427) Anwendung, soweit sich nicht unter den Vorschriften über die Bürgschaft spezielle Normen finden, die diese ausschließen, und nach § 774 Abs. 2 sollen Mitbürgen einander nur nach § 426 haften. Diese Bestimmungen geben im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 774 Abs. 1 zu mehrfachen Zweifeln Anlaß, die unten weiter zu erörtern sind.

2. Wenn ein Mitbürge den Gläubiger befriedigt, so erlischt, was keinem Zweifel unterliegen kann, seine Bürgschaftsschuld (vergl. Tacken a. a. O. S. 7, 10). Nach allgemeinen Grundsätzen ist anzunehmen, daß auch die Hauptschuld erlischt. Nun sagt aber der § 774 Abs. 1 Satz 1 (entsprechende Vorschriften finden sich in den §§ 1143 und 1225, über die das gleiche zu sagen ist), daß die Forderung gegen den Hauptschuldner auf den befriedigenden Bürgen übergehen soll (natürlich nur im Zweifel, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, vergl. Schulz a. a. O. S. 33). Und nach §§ 774 Abs. 1, 426 Abs. 2 soll unter denselben Verhältnissen auch das Recht des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf ihn übergehen (vergl. Tacken a. a. O. S. 39). Es fragt sich daher, wie dieser Widerspruch zu lösen ist. (Weitere Fälle der Subrogation sind in den §§ 268, 1150, 1249 geregelt, auf die ich noch zurückkommen werde, vergl. Tacken a. a. O. S. 15). Während Kremer im Anschluß an das römische Recht, das einen Forderungskauf

fingierte, zwischen einer eigentlichen Erfüllung mit voller Tilgungswirkung und einer nur äußerlichen und formellen Erfüllung, die eher als kaufweise Zession angesehen werden müsse (a. a. O. S. 75), unterscheidet, hat man es nach Tacken (a. a. O. S. 11) mit einem wirklichen Forderungsübergang und nicht mit der gesetzlichen Fiktion eines solchen zu tun. Roth (a. a. O. S. 44) will sich dagegen mit der Gesetzesbestimmung ohne weiteren Aufklärungsversuch abfinden, da eine Beseitigung des Widerspruchs unmöglich und praktisch nicht erforderlich sei. Strohal (a. a. O. S. 373), dessen Aufsatz in mehrfacher Beziehung von Bedeutung ist, spricht von einer Zahlung mit Tilgungswirkung im Gegensatz zur Einlösungszahlung, und Schultz (a. a. O. S. 32 ff.), der zwischen der Erfüllung eigener und der Erfüllung fremder Verbindlichkeiten unterscheidet, knüpft an diesen Unterschied das Recht der Ausgleichung unter mehreren fremden Verbindlichkeiten an.

Die Ansicht Tackens scheint mir die annehmbarste zu sein. Roth's Meinung ist vom Standpunkt einer theoretischen Abhandlung aus nicht ernstlich diskutierbar; noch weniger wie die Ansicht Stammlers (a. a. O. S. 203), der eine neue Kategorie gesetzlicher Ersatzansprüche aufstellen will. Es muß wenigstens versucht werden, eine konstruktive Lösung zu finden. Von der Fiktion eines Forderungskaufes, wie die Römer meinten, und von einer kaufweisen Cession kann ebenfalls nicht die Rede sein, da ein Kauf oder ein kaufähnlicher Vorgang nicht vorliegt. Und die Ansichten Strohals und Schulz' endlich enthalten keine Lösung des hier behandelten Problems, obwohl ihre Klassifizierung an sich richtig sein mag.

Tackens Ansicht liegt die Auffassung zugrunde, daß die Zahlung des Bürgen nicht nur seine eigene Obligation tilge, sondern zugleich auch noch in die Hauptobligation eingreife. Freilich reiche ihre Tilgungskraft nicht so weit, daß sie auch diese vollends zerstöre. Es sei ihr vielmehr kraft Gesetzes die Sonderwirkung beigelegt, daß sie die subjektive Seite der Hauptobligation, soweit der Gläubiger in Frage stehe, beseitige, so daß dieser zwar befriedigt sei und von dem Hauptschuldner nichts mehr zu fordern habe, während im übrigen die Hauptforderung ihren Objektivstand behalte, der nunmehr auf die Bürgen übergehe (vergl. Tacken a. a. O. S. 10).

3. Dem ist meines Erachtens beizutreten. Der weiteren Ansicht Tackens, daß es sich im Falle des § 426 Abs. 2 nicht um einen wirklichen Forderungsübergang, sondern um die Fiktion eines solchen handele, kann ich indes nicht folgen. Tacken führt für seine Ansicht zwei Gründe an (a. a. O. S. 30 f.). Nach § 422 würden durch die Leistung des einen Schuldners auch die übrigen befreit. Das Gesamtschuldverhältnis sei also durch Erfüllung seitens eines der Gesamtschuldner erloschen und es bleibe weder von der Leistungspflicht eines der Schuldner noch von dem Gläubigeranspruch, der übergehen könne, eine Spur bestehen. Als zweiten Grund führt er den Umstand an, daß die Gesamtschuld begrifflich eine Einheit bilde und die Trennung in eine gegen den Zahlenden und eine gegen die übrigen Schuldner gerichtete Forderung undenkbar sei. Bei dieser Begründung wird das Verhältnis der §§ 426 und 422 zu einander verkannt. Wenn das Gesetz im § 422 bestimmt,

die Erfüllung wirke auch für die übrigen Schuldner, so soll das im Zusammenhang mit § 426 heißen: sie werden von ihrer Verbindlichkeit frei, wenn der zahlende Mitschuldner keinen Ausgleich verlangen kann. Ist das aber der Fall, so sollen sie lediglich von ihrem bisherigen Gläubiger befreit werden. Ihm gegenüber soll die eine Leistung als Erfüllung der Gesamtschuld wirken. Die Gesamtschuld bleibt also ihrem objektiven Bestande nach, um mit Tackens oben wiedergegebenen Worten zu reden, bestehen, allerdings mit der Aenderung, daß die eigene Verbindlichkeit des Zahlenden durch Konfusion erloschen ist (a. A. Kremer a. a. O. S. 132 Anm. 2). Dem gegenüber kann man nicht einwenden, diese Ansicht vertrage sich nicht mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Gesamtschuld. Auch Tacken (a. a. O. S. 29) gibt im Anschluß an Kremer (a. a. O. S. 67 ff.) zu, daß die Gesamtschuld nicht als eine einzige Obligation mit mehrfacher subjektiver Beziehung, sondern als eine Summe von Obligationen anzusehen ist (so die gemeine Meinung). Daraus ergibt sich aber, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht unbedingt alle Einzelobligationen tilgen muß, es ist vielmehr mit Grund anzunehmen, daß die Zahlung nur eine der Obligationen beseitigt, während die übrigen als Gesamtschuld bestehen bleiben. Sie kann daher auch, ohne daß es nötig ist, zu einer Fiktion zu greifen, in ihrem Restbestande auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen (vergl. Kremer a. a. O. S. 75, 185, der auch hier mit dem Begriff der kaufweisen Zession operiert). Die Haftung der Mitschuldner (Mitbürgen) bleibt also eine gesamtschuldnerische. Hierauf, und auf die Frage, welche Bedeutung der § 426 Abs. 1 in diesem Zusammenhang hat, ist unten noch näher einzugehen. Wenn man den obigen Standpunkt annimmt, so kann man einen Widerspruch in den Bestimmungen der §§ 769, 422 einerseits und der §§ 774, 426 nicht finden (vergl. Tacken a. a. O. S. 38 und Kremer a. a. O. S. 74); denn es geht im Falle des § 426 lediglich dem Gläubiger seine Forderung verloren, was ja bei der vertraglichen Zession auch der Fall ist, man kann also sagen, daß die Forderung insoweit untergeht. Im übrigen aber geht sie unter Wegfall der Obligation des Zahlenden auf diesen über.

4. An dieser Stelle soll gleich auf eine Frage hingewiesen werden, die uns im weiteren Verlauf der Arbeit noch mehrfach beschäftigen wird. Nach § 774 Abs. 1 soll die Forderung auf den befriedigenden Bürgen übergehen. Nun meint eine große Anzahl Schriftsteller (s. Kremer a. a. O. S. 202 f., Koban a. a. O. S. 174 Anm. 2, Boethke a. a. O. S. 857, Stammler a. a. O. S. 203, Sellner a. a. O. S. 477), da es sich um einen Uebergang kraft Gesetzes handle, müsse nach § 412 § 401 zur Anwendung kommen und das Recht gegen die Mitbürgen als Akzessorium der Forderung mit übergehen. Diese Ansicht ist unrichtig. Das Recht gegen die Mitbürgen geht nach § 426 Abs. 2 über (vergl. Schulz a. a. O. S. 45) und §§ 412, 401 kommen erst zur Anwendung, wenn z. B. eine der Bürgschaften durch ein Pfand oder eine Hypothek gesichert ist. Mit Brinck (a. a. O. S. 283 ff.) bin ich der Meinung, daß die §§ 412, 401 restiktiv zu interpretieren sind (s. näheres im § 8). Zu demselben Ergebnis kommt auch Tacken (a. a. O. S. 18 ff.), jedoch mit einer

abweichenden Begründung. Während Brinck den Bestimmungen der §§ 774 Abs. 2, 1173 (und eventl. 1225 Abs. 2) ein allgemeines Prinzip entnehmen will, das dahin gehen soll, daß der § 401 in den Fällen, in denen der Sicherungspflichtige ein Dritter sei, nur insoweit gelte, als er einen Ersatzanspruch habe, kommt Tacken zu dem Schluß, daß der § 401, da er ein zwingendes Recht nicht enthalte (s. Tacken a. a. O. S. 18 Anm. 51), eine Ausnahme im Falle besonderer Umstände zulasse. Meines Erachtens hat Tacken hiermit eine neue Begründung nicht gegeben, sondern lediglich dasselbe gesagt, was Brinck schon vor ihm scharfsinnig erkannt und trefflich formuliert hatte. Er hat eben restriktiv interpretierend das Vorhandensein besonderer Umstände berücksichtigt.

5. Endlich ist hier noch folgendes zu erörtern: Kremer (a. a. O. S. 174, 185) und Koban (a. a. O. S. 139, 169, 174) haben in ihren Abhandlungen beide angenommen, daß dem zahlenden Bürgen ein doppelter Regreß zustehe, einer nach dem Subrogationsprinzip (§ 426 Abs. 2) und einer nach dem internen Ausgleichsprinzip (§ 426 Abs. 1), und Kremer hat des weiteren angenommen, daß die sich nach beiden ergebenden Ansprüche zu einander im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz ständen. Dem ist Tacken (a. a. O. S. 28 ff.) entgegengetreten. Tacken vertritt in Konsequenz seines Standpunktes, daß der § 426 Abs. 2 die gesetzliche Fiktion eines Forderungsüberganges enthalte und nicht einen wirklichen Forderungsübergang statuiere, die Ansicht, es gebe nur einen Ausgleichsanspruch, der durch § 426 Abs. 1 Satz 1 begründet sei, und dieser Anspruch erfahre durch § 426 Abs. 2 Satz 1 lediglich eine Modifikation. Demgemäß kommt Tacken zu dem Ergebnis, daß die Gesamtschuldner dem zahlenden Mitschuldner nicht gesamtschuldnerisch, sondern nur anteilig haften. Der Nachweis, daß diese Ansicht unhaltbar ist, muß späteren eingehenden Ausführungen (s. unter § 3) vorbehalten bleiben. Es mag vorerst genügen, darauf hinzuweisen — und dieses Argument muß m. E. die Tackensche Theorie zu Fall bringen —, daß nach Tacken die bei Insolvenz eintretende Aenderung in der Höhe der Regreßansprüche völlig unerklärt bleibt (§ 426 Abs. 1 Satz 2). Tacken gibt diesen Mangel auch selbst zu (a. a. O. S. 34 unten), läßt aber trotzdem lediglich die Fassung des § 426 Abs. 1 Satz 1 entscheidend sein. — Auch die weiteren Ausführungen gegen die Annahme zweier Ansprüche und einer Anspruchskonkurrenz haben mich nicht überzeugt. Der Umstand, daß der § 426 Abs. 2 Satz 1 den Satz enthält: »Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über«, kann m. E. nicht gegen die Kremersche Theorie geltend gemacht werden. Es handelt sich eben um eine Anspruchskonkurrenz, bei der sich die beiden konkurrierenden Ansprüche kraft Gesetzes gegenseitig regulieren und ergänzen. Dafür, daß der Regredient bei Insolvenz eines Mitschuldners mehr als seinen ursprünglichen Anteil bekommt, sorgt der § 426 Abs. 2, dafür, daß er nicht mehr als seinen definitiven Anteil bekommt, der Abs. 1 dieses Paragraphen. Das ist allerdings eine Singularität, über die man sich jedoch ebensowenig wundern muß, wie über die Anord-

nung der Ausgleichung selbst, die ja auch eine Ausnahme ist. Daß diese besondere gesetzliche Bestimmung mit Begriff und Wesen der Anspruchskonkurrenz unvereinbar ist, kann ich nicht einsehen. Bei der Anspruchskonkurrenz kommt es lediglich auf die Identität der Leistung an (vergl. Last a. a. O. S. 9 ff.), und diese bleibt schließlich, da ja der aus dem Abs. 2 des § 426 hervorgehende Anspruch durch den Satz 1 daselbst gesetzlich begrenzt ist, in abstracto doch dieselbe, mag auch die Beregelung in concreto längere Zeit in Anspruch nehmen.

Wir halten also die Ansicht Kremers für richtig und werden in der vorliegenden Arbeit das gestellte Thema unter dem Gesichtspunkt der Anspruchskonkurrenz weiter behandeln.

§ 2.

b) Der Ausgleich nach dem internen Ausgleichsprinzip (§ 426 Abs. 1).

1. Der § 426 Abs. 1 statuiert bei Ermangelung eines besonderen Rechtsverhältnisses für die Gesamtschuldner eine interne Ausgleichungspflicht zu gleichen Teilen. Zahlt also ein Gesamtschuldner die ganze Schuld, so kann er von den übrigen Bürgen ihren Anteil verlangen, und wenn nicht alle zahlungsfähig sind, so sind die ausfallenden Anteile auf die zahlungsfähigen Gesamtschuldner, einschließlich des Regreßnehmenden, in demselben Verhältnis zu repartieren. Diese Grundsätze sollen auf die Mitbürgen Anwendung finden. Das soll heißen: die Mitbürgen sind, wenn ein besonderes Verhältnis zwischen ihnen nicht besteht, im Verhältnis zu einander zu gleichen Teilen verpflichtet. Das ist mit wenigen Worten das Prinzip, nach dem sich bei beiden, Gesamtschuldnern und Mitbürgen, die innere Ausgleichung richten soll. In der praktischen Regelung dieses Ausgleichs kommt es jedoch zwischen Gesamtschuld und Mitbürgschaft zu mehrfachen Verschiedenheiten, insofern eben die Mitbürgschaft ein Institut besonderer Art ist und Rechtssätze bei ihr in Frage kommen, die bei der Gesamtschuld nicht bestehen können. So ist die Schuldsumme und damit auch die Schuldquote jedes einzelnen bei der Gesamtschuld von vornherein fest bestimmt; denn es steht fest, daß die Gesamtschuldner die zur Zahlung der Schuld primär Verpflichteten sind. Bei der Mitbürgschaft handelt es sich aber um ein Einstehen für eine fremde Schuld, zu deren Tilgung zunächst ein anderer berufen ist. Und demnach handelt es sich bei den Mitbürgen auch nur um eine vorläufige Verteilung der Haftungslast, da noch nicht feststeht, ob nicht die Schuldsumme von dem Hauptschuldner ganz oder zum Teil bezahlt wird. Und doch ist auch die Verteilung der Haftungslast unter den Gesamtschuldnern nur eine vorläufige, weil auch bei ihnen nicht außer allem Zweifel ist, ob zur Zeit des Zahlungstermins alle Schuldner zahlungsfähig sind und ob nicht etwa bei totaler oder partieller Insolvenz eines oder mehrerer der Ausfall von den übrigen getragen werden muß. Es herrscht also bei Anwendung des § 426 Abs. 1 auf die Mitbürgschaft unter den Mitbürgen eine vermehrte, eine doppelte Unkenntnis des Anteiles, den sie endlich zu bezahlen haben werden,

in Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit einerseits des Hauptschuldners, andererseits der Mitbürgen.

2. Die in dem § 426 Abs. 2 statuierte Verteilung der Haftungslast gilt, wie es in diesem Paragraph heißt, jedoch nur: »soweit nicht ein anderes bestimmt ist«. Die Haftung zu gleichen Teilen besteht also nur mangels eines besonderen Rechtsverhältnisses, nur subsidiär. Kraft Gesetzes oder kraft Vertrages zwischen zweien, mehreren oder allen Bürgen kann der Fall eintreten, daß der zahlende Bürge von allen, einigen oder einem die ganze Summe oder einen, ohne Rücksicht auf § 426 Abs. 1 festgestellten Teil oder gar nichts zurückfordern kann. Hier herrscht natürlich volle Vertragsfreiheit. Die Verpflichtung eines Bürgen zur Zahlung kann z. B. beruhen auf einem Mandat oder einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Schenkungsversprechen (§ 518), die Zahlung kann geschehen in Erfüllung eines solchen Versprechens oder in einer von einem Versprechen unabhängigen Schenkungsabsicht, in Erfüllung einer auf einem zweiseitigen Vertrage oder in Erfüllung einer auf Verfügung von Todes wegen beruhenden Verpflichtung, z. B. einer Auflage; endlich kann sie auch erfolgen als negotiorum gestio, soweit eine solche nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677—687) zum Ersatz verpflichtet. — Wenn nun ein solches besonderes Verhältnis nicht vorliegt, so wird es nicht selten vorkommen, daß der zahlende Bürge den Regreß gegen seine Mitbürgen nicht oder doch nicht sofort wird nehmen können. Das wird dann der Fall sein, wenn dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger nicht geltend gemachte Einreden oder Einwendungen zur Seite standen; z. B. dann, wenn die Forderung noch nicht fällig oder wenn sie verjährt war; ferner, wenn sie seitens des Hauptschuldners angefochten werden konnte. Hierher gehört auch der Fall, daß der Bürge Regreß nimmt, ohne den Hauptschuldner in Anspruch genommen zu haben. In einem solchen Fall wird man den Mitbürgen das Recht, sich auf die Subsidiarität ihrer Haftung zu berufen, auch dem zahlenden Mitbürgen gegenüber nicht versagen können (vergl. Koban a. a. O. S. 151/152). Doch wird man ihnen dies Recht, sich mit dem beneficium excussionis, das ihnen doch nur dem Gläubiger gegenüber zusteht, zu schützen, wohl dann nicht zubilligen können, wenn es offenbar unmöglich war (zur Zeit der Zahlung), ist (zur Zeit der Regreßnahme) und sein wird, von dem Hauptschuldner auch nur den geringsten Teil der Schuldsumme einzutreiben. Andererseits steht dem Mitbürgen, trotzdem die Zahlung durch den Hauptschuldner erfolgt ist, in einigen Fällen ein Ausgleichsanspruch zu, nämlich dann, wenn der Hauptschuldner für ihn in direkter (§ 164 Abs. 1) oder indirekter Stellvertretung oder als Bote die Zahlung geleistet hat und selbst insolvent ist (s. Rudorff a. a. O. S. 403).

3. Sind mehrere Bürgen nur in Höhe eines Teiles der Schuldsumme Mitbürgen, so sind sie gleichfalls ausgleichsberechtigt, aber auch nur in Höhe dieses Teiles, nicht etwa der ganzen Schuldsumme. So sind, um auf unser Beispiel zurückzukommen, A., B. und C. zwar Mitbürgen, aber unter sich nur in Höhe von 60 ausgleichsberechtigt, A. und B. in Höhe von weiteren

30, während die restlichen 10 von A. allein zu zahlen sind. Wenn also alle drei Bürgen zahlungsfähig sind, und die Schuld von keiner anderen Seite bezahlt wird, so muß das Endresultat sein, daß A. 20 + 15 + 10 — 45, B. 20 + 15 = 35 und C. 20 zur Deckung der Schuld beizutragen haben. Daß diese Lösung auch praktisch wünschenswert ist, und daß sie dem Grundgedanken des Gesetzes, die wirtschaftliche Last möglichst gleichmäßig zu verteilen, am meisten entspricht, leuchtet ohne weiteres ein (vergl. Koban a. a. O. S. 147/148).

4. Wenn nun mehrere, zum Ausgleich berechtigte Mitbürgen vorhanden sind, so können unter Umständen Zweifel darüber entstehen, welcher Betrag unter ihnen zu verteilen ist. Spezialbestimmungen hierfür enthält das Gesetz nicht. Im allgemeinen wird angenommen werden müssen, daß der gezahlte Betrag als die zu verteilende Summe anzusetzen ist (bezüglich des Erlasses der ganzen Schuld oder eines Teiles von ihr, s. Schulz a. a. O. S. 59f., und Fuchs a. a. O. S. 602 ff.). Ist die ganze Hauptschuld bezahlt, dann diese, und wenn nur ein Teil bezahlt ist, etwa als der von dem Hauptschuldner nicht beitreibbare Rest der Forderung, so hat von diesem jeder Mitbürge einen aliquoten Teil zu tragen. Billig erscheint es, auf die übrigen Mitbürgen auch die Zinsen und Kosten, die den zahlenden Mitbürgen erwachsen sind, zu verteilen. Das ist im Gesetz auch ausdrücklich im § 767 gesagt, soweit das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen in Betracht kommt. Bezüglich der Mitbürgen dürfte es die Analogie mit §§ 670, 683 erfordern. Selbstverständlich gehen auch hier besondere Vereinbarungen zwischen den Mitbürgen vor. Dagegen darf meines Erachtens nicht vorgehen die Vereinbarung, die ein Mitbürge mit dem Gläubiger über den Ausschluß der Haftung für Kosten und Zinsen getroffen hat. Das würde dem Grundsatz des § 776 widersprechen. Eine solche Vereinbarung müßte entweder den übrigen Mitbürgen gegenüber irrelevant sein oder sie ebenfalls von ihrer Haftung für Kosten und Zinsen befreien (A. A. Koban a. a. O. S. 158). Eine Ausnahme bildet meines Erachtens nur die Abrede über solche Kosten und Zinsen, die der Gläubiger mit einem Bürgen der Zeit nach vor der Bestellung anderer Bürgschaften getroffen hat. Denn die durch spätere Verträge verpflichteten Bürgen können sich einerseits weder auf den eben zitierten Paragraph berufen, andererseits sagt der § 767 Abs. 2 ausdrücklich, daß der Bürge für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung haftet; und diese Bestimmung läßt im Zusammenhang mit dem allgemein vorgeschriebenen Ausgleichsprinzip meines Erachtens kaum einen Zweifel darüber zu, daß zwar die gezahlten Zinsen und erwachsenen Kosten zu verteilen, aber nur auf die Mitbürgen zu verteilen sind, die nicht durch besondere, vor dem Bürgschaftsvertrag des zahlenden Mitbürgen mit dem Gläubiger abgeschlossene Vereinbarungen befreit sind.

Wie steht es ferner in denjenigen Fällen, in denen die Befriedigung des Gläubigers nicht durch Leistung des Schuldgegenstandes, sondern durch Hingabe an Erfüllungsstatt erfolgt ist? Hier ist billigerweise nur der Wert

des an Erfüllungsstatt gegebenen Objekts zur Verteilung zu bringen, selbstverständlich nur bis zur Höhe des Werts der eigentlich geschuldeten Leistung. Der Ueberwert ist von dem zahlenden Bürgen selbst zu tragen. Es würde unbillig sein, wollte man ein Ersparnis des zahlenden Bürgen nur diesem, nicht auch den übrigen Mitbürgen zugute kommen lassen. Letztere Ansicht würde sich wenigstens mit dem Grundsatz des schon mehrfach zitierten § 776 kaum in Einklang bringen lassen (vergl. Kremer a. a. O. S. 177 ff., Tacken a. a. O. S. 43).

Neben dem Betrag der geleisteten Zahlung ist aber stets der Umfang des dem zahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner zustehenden Regresses zu berücksichtigen (vergl. Koban a. a. O. S. 154). Wie schon oben gesagt, ist für einen von einem Mitbürgen in Anspruch genommenen Mitbürgen zur Berechnung seiner Quote zunächst die Frage allemal maßgebend: Stand dem Ausgleich verlangenden Mitbürgen gegen den Hauptschuldner überhaupt ein Regreß zu und bejahendenfalls, in welcher Höhe? Der zahlende Mitbürge kann das ihm im Prinzip zustehende Ausgleichungsrecht immer nur in der Höhe ausüben, in der er einen Regreß gegen den eigentlich Verpflichteten, den Hauptschuldner, nehmen kann; das ist das Primäre. Hier ist zunächst des Falls zu gedenken, daß der Bürge die Schuld bezahlt, obwohl sie schon von dem Hauptschuldner bezahlt ist. Daß der Bürge in diesem Fall keinen Regreß gegen seinen Mitbürgen nehmen kann, ist ohne weiteres klar; würde ihm doch auch gegen den Hauptschuldner kein Regreßrecht zustehen (s. Tacken a. a. O. S. 40 f.). Ein Regreßrecht gegen die Mitbürgen zessiert auch dann, wenn der zahlende Mitbürge auf einen Regreß gegen den Hauptschuldner verzichtet hat, wenn sich z. B. die Erfüllung seinerseits als eine Schenkung an den Hauptschuldner erweist; ferner in dem Fall, daß der Bürge materiell selbst Schuldner ist oder daß sich die Tilgung der Schuld als die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellt, wenn z. B. der Bürge schon vor der Zahlung vom Hauptschuldner Deckung erhalten hat (vergl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 481, 1 Anm. 1 und 2 und Koban a. a. O. S. 157).

5. Wenn die zu verteilende Summe feststeht, so ist der Verteilungsmodus auf Grund des § 426 ein sehr einfacher. Die Mitbürgen sind zu gleichen Teilen verpflichtet (selbstverständlich mangels eines besonderen Verhältnisses), d. h. soviel Bürgen, soviel Teile (vergl. Tacken a. a. O. S. 27, und Schulz a. a. O. S. 59). Doch ist die Teilung im Gegensatz zu der durch das beneficium divisionis herbeigeführten Teilung immer nur eine provisorische. Daraus ergibt sich im einzelnen: Sind alle Mitbürgen zahlungsfähig, so sind Zweifel irgend welcher Art ausgeschlossen. Will der eine von ihnen die ganze Schuld bezahlen, oder hat er sie bezahlt, so kann er von den anderen ihren Teil fordern, und bezahlen sie diesen, so ist damit die Sache erledigt. Selbstverständlich kann sich der zahlende Bürge auch an die für die einzelnen Bürgen etwa bestellten Sicherungen, wie Pfänder und Bürgen (Nach- oder Afterbürgen) halten, aber immer nur in Höhe der Quote. Kann aber von einem Bürgen der auf ihn entfallende Betrag nicht oder nur teilweise erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zu tragen. Doch wird man die

Verteilung des Ausfalls einem Mitbürgen dann versagen müssen, wenn es einem Verschulden seinerseits zuzuschreiben ist, daß von einem der Mitbürgen sein Anteil nicht erlangt werden konnte; in diesem Fall hat er den Ausfall allein zu tragen. (Ueber einen eventuell geltend zu machenden Schadensersatzanspruch siehe Kremer a. a. O. S. 184). Ob erst in den Fällen, in denen der in Anspruch genommene Mitbürge zahlungsfähig zu sein scheint, der Versuch zu machen ist, die Quote beizutreiben, wird von der Ansicht der übrigen Mitbürgen abhängen; ist auch nur einer der Meinung, daß eine Vollstreckung Erfolg haben werde, so ist sie einzuleiten; denn das Gesetz sagt: »Kann nicht erlangt werden« und darin liegt implicite, daß die Unmöglichkeit, etwas zu erlangen, nur dann vorhanden ist, wenn ein Versuch, etwas zu erlangen, erfolglos geblieben ist (vergl. Kremer a. a. O. S. 181). Aus der provisorischen Natur der internen Ausgleichung ergibt sich auch, daß der regreßnehmende Bürge in solchen Fällen von Neuem Regreßansprüche erheben darf, in denen sich die absolute Insolvenz eines Mitbürgen erst herausstellt, nachdem schon die übrigen ihre Beiträge bezahlt haben; und daß er umgekehrt die schon festgesetzte Summe der einzelnen Mitbürgen dann herabsetzen muß, wenn nachträglich ein vorher zahlungsunfähiger Mitbürge wieder solvent wird. Im Gegensatz zu Kremer (a. a. O. S. 182) möchte ich mich jedoch dahin aussprechen, daß ein gewisses endgültiges Resultat dann erzielt ist, wenn die von den einzelnen zu zahlenden Beträge durch Urteil festgesetzt sind, das Urteil rechtskräftig geworden und der Berechtigte befriedigt ist. Stellt sich dann hinterher z. B. heraus, daß ein Mitbürge, dessen Insolvenz das Gericht als erwiesen angenommen hat, wieder zahlungsfähig geworden ist, so können sich die Mitbürgen, die auf Grund des Urteils zuviel zahlen sollen, oder bezahlt haben, zu ihrer Entschädigung nur an ihn halten, falls nicht eine der Voraussetzungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens vorliegt. Eine Aenderung des Urteils, von der Kremer spricht, wäre außer in dem eben genannten Fall, wie immer, so auch in unserm Fall nur durch eine höhere Instanz möglich, wenn die Sache noch an eine höhere Instanz gebracht werden kann. Auch darin möchte ich Kremer nicht zustimmen, daß eine nachträglich eintretende Zahlungsunfähigkeit in der Zwangsvollstreckungsinstanz von den in Anspruch genommenen Mitbürgen als Einwendung im Sinne des § 767 Z. P. O. im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend gemacht werden kann. Es muß auch in diesem Falle den Mitbürgen, die zuviel bezahlt haben, überlassen bleiben, sich ihrerseits an den wieder zahlungsfähig gewordenen Bürgen zu halten.

§ 3.

c) Der Ausgleich nach dem Subrogationsprinzip.

(§ 426 Abs. 2.)

1. Neben dem selbständigen Ausgleichsanspruch hat der zahlende Bürge, wie schon gesagt, auch einen Regreß nach dem Subrogationsprinzip. Die herrschende Meinung geht dahin, daß auch der Forderungsübergang gegen die Mitbürgen sich ebenso gestalte, wie bei den Gesamtschuldnern, und daß

gemäß § 774 Abs. 2 der zweite Absatz des § 426 zur Anwendung kommen müsse. Danach soll die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf den zahlenden Mitbürgen wie auf einen zahlenden Gesamtschuldner übergehen, nicht in Höhe des gezahlten Betrages, sondern nur »soweit der zahlende Bürge Ausgleichung verlangen kann«, also mit Abzug der auf den Zahlenden selbst entfallenden Quote. Nun hat Kremer (a. a. O. S. 185 ff. und S. 202 ff.) den Beweis zu führen versucht, daß der Absatz 2 des § 426 nur für Gesamtschuldner gelten und für den Forderungsübergang bei Mitbürgen keine Anwendung finden könne; der zahlende Bürge trete nicht wie ein Gesamtschuldner in die Forderung des Gläubigers gegen die Mitbürgen ein; der Eintritt erfolge vielmehr als notwendige Folge einer Subrogation in die Forderung gegen den Hauptschuldner; denn mit der Hauptforderung müßten nach §§ 774 Abs. 1, 412, 401 auch die Nebenrechte und damit auch die Rechte gegen die Mitbürgen ausnahmslos und ohne Einschränkung übergehen.

2. Kremer ist uns jedoch für die Richtigkeit seiner Behauptung den Beweis schuldig geblieben. Er begnügt sich in der Hauptsache mit allgemeinen Redewendungen, wie: »Es wäre auffallend, wenn . . . .«, »Es ist mit dem Bürgschaftsbegriff kaum vereinbar, ...«, »Die Bestimmung ist offenbar nur eine modifizierende . . . . .« usw. Er meint, es wäre auffallend, wenn dieser regelmäßig stattfindende Uebergang der Nebenrechte hier ausnahmsweise eingeschränkt sein sollte, läßt aber unberücksichtigt, daß hier um deswegen eine besondere Bestimmung getroffen werden mußte, weil die Haftung der Mitbürgen eine solidarische ist und die Mitbürgen unter sich nur zu einer Quote verpflichtet sind. Kremer hat übersehen, daß gerade durch die Vorschriften der §§ 774 Abs. 2, 426 die Anwendung der §§ 412, 401 beschränkt worden ist. Gerade dadurch hat das Gesetz zum Ausdruck gebracht, daß ein den Gläubiger befriedigender Bürge seinen Mitbürgen gegenüber nicht die Stellung einnehmen soll, die ein gewöhnlicher Zessionar innehat, auf den die Forderung durch Vertrag oder Gesetz übergegangen ist, sondern daß Mitbürgen, wie bezüglich der internen Ausgleichung, so auch bezüglich der Subrogation in die Gläubigerrechte nach den Sondergrundsätzen der Gesamtschuld behandelt werden sollen. Und diese Bestimmung ist nicht etwa eine auffallende Einschränkung der in den §§ 412, 401 enthaltenen Regel; in ihr kommt vielmehr ein dieser Regel gegenüberstehendes besonderes Rechtsprinzip zum Ausdruck, wonach bei allen Sicherungspflichtigen in dem hier in Frage stehenden Fall der § 426 zur Anwendung kommen und die Rechte des Gläubigers mit den für sie bestehenden Akzessorien auf einen Sicherungspflichtigen seinen Genossen gegenüber nur so weit übergehen sollen, als er von ihnen Ausgleichung verlangen kann. Es wäre auch völlig unverständlich, wollte das Gesetz trotz der auch von Kremer anerkannten Quotenhaftung die Rechte gegen die Mitbürgen nach §§ 412, 401 in vollem Umfange übergehen lassen. Und weshalb es mit dem Bürgschaftsbegriff kaum vereinbar sein soll, daß die Bürgschaftsschuld teilweise untergeht, während daneben die Hauptschuld in ihrem ganzen Umfange ohne Hemmung ihrer Wirksamkeit fortbesteht, ist ebenso wenig einzusehen. Kremer läßt

außer acht, daß das Gesetz die Mitbürgen in ihrem Verhältnis zu einander wie Gesamtschuldner behandelt wissen will; und es hilft Kremer alles Konstruieren nichts, er kommt über diese positiven, nicht mißzuverstehenden Bestimmungen des Gesetzes nicht hinweg. § 426 Abs. 2 besagt ausdrücklich, daß die Forderung gegen die Gesamtschuldner nur nach Abzug der auf den Zahlenden selbst entfallenden Quote übergehen solle. Im österreichischen Recht fehlt eine solche Bestimmung (vergl. § 1358 des österreichischen B. G. B.). Es ist bezeichnend, daß Koban sich gerade mit dieser Frage beschäftigt (a. a. O. S. 169, 174), und es spricht gegen Kremer für die Richtigkeit unserer Ansicht, wenn Koban sagt, die Frage, ob das subrogierte Recht auch in vollem Umfange geltend gemacht werden könne, sei für das deutsche Recht belanglos, da nach ihm ohnehin die Subrogation nur in Höhe des nach § 426 Abs. 1 festzusetzenden selbständigen Ausgleichsanspruchs erfolgen solle. Kobans Ansicht kann jedoch nur wenig Wert beigelegt werden, da er in einer Anmerkung (a. a. O. S. 174/175 Anm. 2) seine eben erwähnte Ansicht widerrufen und Kremer beigepflichtet hat, indem er sich durch den von diesem als maßgebend angeführten Grund bestechen läßt, wie es denn in dem Falle werden solle, daß für eine Bürgschaftsschuld als solche weitere Sicherungen, z. B. Pfänder und Hypotheken, bestellt seien. Koban führt folgendes Beispiel an: Für eine Schuld haften drei Bürgen; einer von ihnen zahlt und tritt nach § 426 Abs. 2 zu je einem Drittel in die alten Rechte des befriedigten Gläubigers gegen die beiden Mitbürgen ein. (Ob diese Ansicht richtig ist, soll unten näher untersucht werden.) Bevor die Ausgleichung erfolgt, wird einer von den beiden Mitbürgen zahlungsunfähig; infolgedessen ist nun der zahlende Bürge gegen den zahlungsfähigen Mitbürgen nach § 426 Abs. 1 zur Hälfte ausgleichungsberechtigt und gilt nach § 426 Abs. 2 als in demselben Umfange, also nun zur Hälfte, in die alten Gläubigerrechte gegen diesen Bürgen subrogiert. Ist für die Bürgschaftsschuld dieses Bürgen z. B. eine Hypothek bestellt, so trat der zahlende Bürge mit der Zahlung auch in die Hypothek zu einem Drittel ein. Nun soll er aber infolge der später eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des anderen Mitbürgen auch in diese Hypothek als zur Hälfte subrogiert gelten, obwohl er vielleicht bereits gleich nach der Zahlung nur zu einem Drittel ins Grundbuch eingetragen worden ist. Zur Vermeidung solcher Schwierigkeiten, die sich infolge der zwischen der Zahlung und Ausgleichung eintretenden Zahlungsunfähigkeit eines Mitbürgen und der dadurch herbeigeführten Aenderung der Quoten ergeben können, werde man, meint Koban, auch nach deutschem Recht den zahlenden Bürgen in vollem Umfang in alle Nebenrechte, auch in die Nebenrechte gegen die Mitbürgen, subrogieren und aus § 774 Abs. 2 und dem § 426 Abs. 2 nur den Satz ableiten müssen, daß der so subrogierte Bürge die Rechte gegen die Mitbürgen nur insoweit geltend machen dürfe, als er zur Zeit des Regresses nach § 426 Abs. 1 regreßberechtigt sei (vergl. Kremer a. a. O. S. 208).

Dem gegenüber ist, wie oben, darauf hinzuweisen, daß dieser Absicht Wortlaut und Sinn des Gesetzes entgegenstehen. Wenn das Gesetz im

2. Absatz des § 774 bestimmt, daß Mitbürgen einander nach § 426 haften sollen, und in dem 2. Absatz dieses Paragraphen ein Uebergang der Forderung in Höhe des Ausgleichsanspruchs statuiert wird, so ist es gegenüber diesem ausdrücklichen Willen des Gesetzes unmöglich, einen Uebergang der Forderung gegen einen Mitbürgen in ganzer Höhe das Wort zu reden (vergl. Sternberg a. a. O. S. 546 f.).

3. Kremer selbst weist uns auf den richtigen Weg. Kremer hat auch über den Umfang der Subrogation eines Gesamtschuldners eingehende Untersuchungen angestellt und dabei folgendes ausgeführt (a. a. O. S. 187 ff.): Nach der überwiegenden Ansicht solle der zahlende Gesamtschuldner die Ansprüche gegen die übrigen je zu deren Quote, also bei drei Schuldnern je zu einem Drittel, und zwar natürlich als nicht solidarische, nach der anderen zum vollen Betrage mit Abzug seiner eigenen Quote, also bei drei Schuldnern je zu zwei Dritteln, natürlich als solidarische, erwerben. Letztere Ansicht könne mit Erfolg nicht bekämpft werden. Für erstere pflege man sich auf den Wortlaut des Gesetzes zu berufen; dieses sei jedoch nicht maßgebend, da es sich um eine rein theoretische Konstruktionsfrage handle. Sodann sei überhaupt zu bestreiten. daß die zweite Ansicht dem gesetzlichen Wortlaute zuwiderlaufe. Die Worte des Gesetzes: »soweit der Gesamtschuldner von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann« ließen auch die Auslegung zu: soweit er überhaupt von allen übrigen zusammen Ausgleichung verlangen könne.

Mehr Wert als solche Wortauslegungsversuche habe eine logische Untersuchung. Die erste der beiden angeführten Ansichten ergebe die weitere Alternative: Uebergang zu der Quote, zu welcher der betreffende Gesamtschuldner dem Zahlenden in konkreto, d. h. nach dem besonderen internen Rechtsverhältnis zwischen ihnen und mit Rücksicht auf die Solvenzverhältnisse aller Schulden regreßpflichtig sei (konkrete Quote), oder schlechthin zu einem Kopfteil (abstrakte Quote). Der gesetzliche Wortlaut spreche gegen die abstrakt bestimmende und scheinbar für die konkret bestimmende Theorie. Bei beiden Auffassungen werde ausgegangen von einer Subrogation in eine sogleich fest bestimmte unabänderliche Quote. Die konkret bestimmende Theorie mute uns die Annahme zu, daß die sowohl dem Gläubiger als dem zahlenden Gesamtschuldner vielleicht ganz unbekannte Tatsache der Solvenz oder Insolvenz einiger der Gesamtschuldner oder das dem Gläubiger unbekannte interne Rechtsverhältnis der Gesamtschuldner einen Einfluß auf den Umfang der Subrogation haben könne. Ueberwiegende theoretische und praktische Gründe erwiesen jedoch beide Ansichten als unhaltbar. Nach der abstrakt bestimmenden Ansicht könne von vornherein der erworbene Quotenanspruch gegen einen Mitschuldner weit zurückbleiben hinter dem internen Ersatzanspruch, sofern dieser wegen Insolvenzen, besonderen internen Rechtsverhältnissen mehr als einen Kopfteil betragen könne; entsprechend könne durch nachträglich eintretende weitere Insolvenz der Betrag des Quasisocietätsanspruchs den der Kopfteilforderung überschreiten. Nach der konkret bestimmenden Ansicht könne wenigstens nachträglich der

interne Gemeinschaftsanspruch den Quotenanspruch übersteigen, sofern nach der Subrogation weitere Mitschuldner insolvent geworden seien.

Nachdem Kremer in dieser Richtung noch weitere Ausführungen gemacht hat, erörtert er sodann die Frage, wie etwa diesen Mängeln abgeholfen werden könne (a. a. O. S. 194). Man könne mit Hilfe der Annahme einer rechtlichen Pendenz auch dem Umfang der Subrogation die Veränderlichkeit beilegen und zu folgender Modifikation schreiten: Der Uebergang der Forderung finde in der Weise statt, daß einstweilen noch nicht bestimmt sei, sondern erst durch spätere Tatsachen, wie Solvenz und Insolvenz im Moment der Regreßnahme, bestimmt werde, ob und zu welchem Teile ein jeder Mitschuldner verpflichtet sei. Auch für diese Ansicht ließe sich allenfalls der Wortlaut des Gesetzes geltend machen; und diese Konstruktion würde den praktischen Anforderungen vielleicht am besten von den bisher besprochenen genügen können. Allein es sprechen gegen sie nicht minder schwerwiegende theoretische und praktische Gründe. Bei der fraglichen Konstruktion würde es sich nicht um eine vorläufige Ungewißheit allein der Person der Verpflichteten handeln. Es seien ja auch nicht nur die Beträge, welche die Verpflichteten später zu zahlen haben würden, sondern sogar der Gesamtbetrag der Schuld unbestimmt, der sich unter sie alle verteilen würde. Es käme somit darauf hinaus, daß ein Gläubigerrecht erworben würde, wobei aber der Forderungsumfang selbst unbestimmt und schwankend sei. Die Zulässigkeit einer solchen Forderungsübertragung unterliege jedoch den schwersten theoretischen Bedenken.

Kremer führt sodann noch weitere theoretische und praktische Gründe gegen die drei von ihm bekämpften Theorien zum Beweise ihrer Unrichtigkeit an und kommt zu dem Schluß, daß es zur Vermeidung derartiger Widersprüche logischerweise gar keine andere Möglichkeit gebe, als daß der zahlende Gesamtschuldner die Ansprüche gegen jeden sofort auf den ganzen Betrag mit Abzug einer für ihn selbst anzusetzenden Schuldquote erwerbe, und zwar so, daß an sich alle ihm solidarisch haften, wenn auch jeder mit Leistung seines Teiles frei werde (a. a. O. S. 198). Fraglich könne sein, ob es sich bei der Berechnung der Schuldquote, mit deren Abzug die Forderungen erworben werden, um die Kopfteilquote oder um den Anteil handle, den der Zahlende im Verhältnis zu den Mitschuldnern zur Zeit der Subrogation zu tragen habe oder endlich zur Zeit der Regreßnahme selbst zu tragen haben werde. Letztere Ansicht dürfe an den schon angeführten theoretischen Bedenken scheitern. Unrichtig sei auch die zweite. Der Betrag, zu dem der Zahlende gegen die Mitschuldner subrogiert werde, dürfe nicht dadurch gemindert werden, daß er infolge von zur Zeit der Zahlung vorhandenen Insolvenzen einen größeren Anteil als den Kopfteil im internen Verhältnisse selbst tragen müsse, schon deshalb, weil ja die Insolventen zur Zeit der Regreßnahme wieder solvent sein könnten. Ein ähnlicher Mißstand würde auch eintreten, wenn zur Zeit der Regreßnahme die Mehrzahl insolvent sei und von diesen später einige solvent würden. Es bleibe deshalb nur die letzte Möglichkeit: die Forderungen gingen als solidarische gegen jeden ein-

zelnen Gesamtschuldner auf den ganzen Betrag über mit Abzug des nach der Zahl aller Schuldner, der solventen und insolventen ohne Unterschied, gebildeten Kopfteils des Regreßnehmers selbst. Subrogation für das Ganze trete natürlich ein, sofern ein Mitschuldner dem Zahlenden kraft des internen Verhältnisses, etwa als Mandant, für das Ganze ersatzpflichtig sei (bezüglich der Frage des Weiterregresses unter mehreren Mitbürgen siehe Kremer a. a. O. S. 209).

4. Diese Ansicht Kremers scheint mir durchaus richtig zu sein. Der Ansicht der gemeinen Meinung, der auch Tacken (a. a. O. S. 34 f) beigetreten ist, daß nämlich die Haftung der Mitschuldner nicht eine gesamtschuldnerische, sondern eine anteilige sei, kann ich aus den von Kremer angeführten Gründen nicht zustimmen. So sehr ich Kremers Meinung aber auch billige, um so weniger finde ich seinen Standpunkt gerechtfertigt, daß der § 426 Abs. 2 für Mitbürgen keine Anwendung finden könne, sondern daß nach §§ 774, 401, 412 die Forderung in ganzer Höhe mit ihren Akzessorien übergehen müsse. Kremer hat den Begriff »Akzessorien« nicht näher definiert und sich leider nicht auf die Erörterung der Frage eingelassen, ob er einen Ausgleich auf Grund des § 426 auch dann zulassen will, wenn mehrere Drittverpfänder und Dritteigentümer von mehreren mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken, allein oder in Gemeinschaft mit Bürgen, für eine Schuld sicherungspflichtig sind (vergl. Boethke a. a. O. S. 859). Es würde interessant sein, von ihm zu hören, ob er auch dann, wenn Bürgen und Drittverpfänder zusammentreffen, trotz des Abs. 2 des § 426 die Forderung in ganzer Höhe übergehen lassen will, obwohl sich eine Vorschrift wie die der §§ 774 Abs. 1, 1225 Satz 1 nicht findet. Es ist schon oben gesagt, daß in den §§ 412, 401 und dem § 426 zwei verschiedene Rechtsprinzipien ihren Niederschlag gefunden haben. Darauf ist unten noch zurückzukommen. In diesem Zusammenhang soll noch hervorgehoben werden, daß zwar in den Fällen, in denen das Gesetz den Uebergang der Forderung zuläßt, der Regel nach die Akzessorien gemäß §§ 412, 401 mit übergehen, daß dieser Grundsatz aber dann eine Ausnahme erleidet, wenn sowohl der Cessionar wie der durch die Sicherung Verpflichtete im Verhältnis zum Gläubiger-Cedenten Dritte sind. In diesem Fall geht die Sicherung (Bürgschaft, Pfand, Hypothek) nicht in vollem Umfange über, sondern nur im Rahmen des § 426. Ist dies aber richtig, so wird weiter zuzugeben sein, daß die Aufnahme der Bestimmung des § 426 Abs. 2, die das gemeine Recht nicht kannte, in das B. G. B. eine sehr weise und berechtigte Maßnahme war. Sie bedeutet gegenüber dem früheren Recht einen wesentlichen Fortschritt, insofern sie zum Ausdruck bringt, daß alle, die wirtschaftlich gleiche Pflichten haben, wie Gesamtschuldner auch untereinander gleiche Rechte haben sollen. Diesem weitschauenden Standpunkt gegenüber ist der von Kremer angeführte Grund (a. a. O. S. 202), daß es mit dem Bürgschaftsbegriff kaum vereinbar sei, wenn die Bürgschaftsschuld infolge von Zahlung teilweise untergehe, die Hauptschuld dagegen in ihrem ganzen Umfange ohne Hemmung ihrer Wirksamkeit fortbestehen solle, ganz ohne Bedeutung. Es handelt sich eben nach dem B. G. B. um den Ueber-

gang zweier verschiedenartiger Rechte, und da Kremer auch bei den Mitbürgen den Absatz 1 des § 426 angewendet wissen will, bei Gesamtschuldnern aber einen Uebergang abzüglich der Kopfteilquote eintreten läßt, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch bei Mitbürgen, die ja unter sich Gesamtschuldner sind, ein Uebergang der Mitbürgenrechte auf den zahlenden Mitbürgen minus der auf ihn entfallenden Kopfteilquote stattfinden soll. Auch der von Koban (a. a. O. S. 174/5) besonders hervorgehobene Grund, daß sich Schwierigkeiten ergeben wegen des Ueberganges der für die Bürgschaftsschuld etwa bestehenden Nebenrechte, wenn zwischen der Zahlung und Ausgleichung infolge des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit einzelner Bürgen eine Aenderung der Quoten herbeigeführt werde, ist gegenüber der hier ausgeführten Ansicht nicht durchschlagend (vergl. Schulz a. a. O. S. 46 Anm. 1). Haften drei Bürgen und zahlt einer, so wird er nach unserer Meinung gegen die beiden anderen je zu zwei Drittel, unter solidarischer Haftung beider, in die Rechte gegen sie subrogiert. Besteht nun für die Schuld des einen Bürgen eine Hypothek, so geht auch diese zu zwei Drittel auf ihn über. Die beiden regreßpflichtigen Bürgen sind natürlich auf Grund des § 426 Abs. 1 nur zu je einem Drittel regreßpflichtig. Zahlen sie beide, so ist ihre beiderseitige Schuld und mit ihr das Recht aus der Hypothek erloschen. Tritt dagegen vor der Ausgleichung Zahlungsunfähigkeit des einen ein, so erhält dadurch der regreßberechtigte Bürge, für dessen Schuld die Hypothek bestellt war, auf Grund des § 426 Abs. 1 das Ausgleichungsrecht zur Hälfte; er kann somit das Recht aus der Hypothek, in das er ja zu zwei Drittel eingetreten war, auch zur Hälfte geltend machen und kommt also in keinem Fall zu kurz. (Daß die Rechte gegen die Mitbürgen nebst Akzessorien natürlich dann in voller Höhe übergehen, wenn ein dahingehendes besonderes Rechtsverhältnis besteht, bedarf nur der Erwähnung.)

5. Unserer Ansicht nach bleibt es demnach auch für Mitbürgen — wie für alle dritte Sicherungspflichtige — bei dem von Kremer für die Gesamtschuldner aufgestellten und von uns akzeptierten Grundsatz, daß die Forderungen gegen jeden einzelnen Mitbürgen als solidarische auf den ganzen Betrag übergehen mit Abzug des nach der Zahl aller Schuldner gebildeten Kopfteils des Regreßnehmers selbst.

II. Ausgleichsansprüche zwischen Drittverpfändern.

§ 4.

a) Vorbemerkungen.

1. Es ist schon in der Einleitung andeutend gesagt worden, daß es neben der Sicherung durch Bürgen noch eine zweite Art der akzessorischen Haftung für eine Schuld gibt, nämlich das Pfandrecht an einer beweglichen Sache und die Hypothek. (Das Pfandrecht an Rechten bietet in diesem Zusammenhang keine Besonderheiten, s. unten.) Beide werden zumeist von dem persönlichen Schuldner selbst an seinen eigenen Sachen und Grund-

stücken bestellt. Zwar nicht so häufig, aber auch nicht gerade selten sind die Fälle, in denen Pfandrecht und Hypothek von Dritten zur Sicherung der Forderung gegen einen anderen Schuldner an ihnen gehörigen Grundstücken und Sachen bestellt werden. Befriedigt nun ein solcher Drittverpfänder den Gläubiger, so entstehen hier dieselben Fragen bezüglich des Regresses, wie sie im ersten Teil hinsichtlich der Mitbürgen behandelt sind. Daß ein Drittverpfänder sich zunächst an den Hauptschuldner halten kann, wie ein Bürge, bringen die §§ 1225, 1143 Abs. 1, 774 Abs. 1 deutlich zum Ausdruck (vergl. Siber a. a. O. S. 159). Daß er sich an die vom Schuldner selbst bestellten Pfänder und Hypotheken halten kann, ist in Analogie zum § 772 Abs. 2 anzunehmen; auch kommen in diesem Fall die §§ 412, 401 zur Anwendung, nach denen die Akzessorien in vollem Umfange übergehen.

2. Sind aber mehrere solche Drittverpfänder vorhanden, und bezahlt einer von ihnen die Schuld, findet Pfandverkauf oder Zwangsversteigerung statt, oder fordert der Gläubiger Zahlung der Schuldsumme zu ihrer Vermeidung, so fragt es sich auch hier wie bei den Mitbürgen, ob ihm ein Ausgleichsanspruch gegen seine Mitverpfänder zusteht, oder ob der Zahlende bezw. der, dessen Pfand oder Grundstück verkauft bezw. in Zwangsversteigerung geraten ist, sich in ganzer Höhe an einem anderen Mitverpfänder erholen kann, so daß schließlich einer der endgültig Leidtragende ist, ohne Ersatz verlangen zu können. Nach den drei möglichen Fällen des Zusammentreffens mehrerer Drittverpfänder soll nun der gegenseitige Regreß unter ihnen in drei Teilen behandelt werden: Regreß zwischen mehreren Drittverpfändern beweglicher Sachen, zwischen den dritten Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke und zwischen den Drittverpfändern von Pfand- und Hypothekargütern, wenn diese gemeinsam für eine fremde Schuld verhaftet sind.

§ 5.

b) Ausgleichsansprüche zwischen Drittverpfändern beweglicher Sachen.

1. Nach § 1225 soll die Forderung auf den befriedigten Drittverpfänder übergehen und der § 774 Anwendung finden. Dieser Paragraph enthält nun aber in seinem zweiten Absatz den Hinweis auf § 426, und Mitbürgen haften, wie wir gesehen haben, wie Gesamtschuldner. Danach soll bei Vorhandensein mehrerer Drittverpfänder auch auf diese der § 426 Anwendung finden, und dies würde bedeuten, daß sich der gegenseitige Regreß auch hier nach dem internen Ausgleichungsprinzip des Abs. 1 und dem Subrogationsprinzip des Abs. 2 vollziehen soll.

Diese analoge Anwendung hält Biermann (a. a. O. zu § 1225 S. 276, wie er Endemann a. a. O. Bd. 2, S. 932 Anm. 12, Staudinger a. a. O. 2. Aufl. Bd. 3 zu § 1225 Anm. 2 und Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 1225) für einen Redaktionsfehler; er meint, es sei der Zusatz »Absatz 1«, wie er beim § 1143 vorhanden ist, versehentlich weggelassen worden; es fehle an der Möglichkeit entsprechender Anwendung, weil die Verpfänder dem Gläubiger nicht persönlich hafteten.

Planck (a. a. O. 1. und 2. Auflage Bd. 3 S. 675 zu § 1225 Anm. 1, c.) dagegen ist der Meinung, daß von einem Redaktionsfehler keine Rede sein könne; das ergebe sich aus einer Vergleichung des § 1225 Satz 2 mit § 1143 Absatz 1 Satz 2. Der Verpfänder könne danach nur von einem Bürgen nach § 426 Abs. 1 Erstattung verlangen.

In der dritten Auflage des Planckschen Kommentars (a. a. O. zu § 1225 Anm. 2 c.) ist diese Ansicht dahin modifiziert worden: Mitbürgen hafteten als Gesamtschuldner; das besage der § 769, sie seien also nach gesetzlicher Vorschrift ausgleichsberechtigt. Der § 774 Abs. 2 mache nur eine Ausnahme von dem Abs. 1 dieses Paragraphen und der §§ 412, 401, indem er ausspreche, daß Mitbürgen nur nach § 426 hafteten. Für Drittverpfänder sei aber eine dem § 769 entsprechende Bestimmung nicht getroffen. Es sei vielmehr durch § 1225 Satz 2 nur zum Ausdruck gebracht, daß bei Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten bei Uebergang von Pfandrechten an Sachen Dritter, Hypotheken an Grundstücken Dritter und Rechten gegen Bürgen eine Ausnahme von dem Satz 1 des § 1225 stattfinden solle. Danach gingen diese Rechte nicht in voller Höhe über, wenn der befriedigende Drittverpfänder Ausgleichung verlangen könne, mithin da eine gesetzliche Ausgleichspflicht nicht bestehe, dann nicht, wenn eine solche durch Vereinbarung begründet sei (vergl. Schulz a. a. O. S. 68 Anm. 2). Denselben Standpunkt vertritt auch Sternberg (a. a. O. S. 549 ff.), ohne auf Planck Bezug zu nehmen.

Koban widerspricht der in der ersten und zweiten Auflage ausgesprochenen Ansicht Plancks insofern, als er mit Biermann eine persönliche Haftung des Verpfänders, sowohl dem Gläubiger gegenüber, wie im Verhältnis zu anderen Verpfändern, für ausgeschlossen hält. Es müsse bei entsprechender Anwendung vielmehr heißen: Mehrere Pfänder haften einander nur nach § 426 (Koban a. a. O. S. 199/200).

Strohals Ansicht, daß eine Beziehung auf den ganzen § 774, also auch auf seinen Absatz 2 unzutreffend sei (a. a. O. S. 375 Anm. 1), ist auch Boethke (a. a. O. S. 859/60) am Schlusse einer Kritik der mehrerwähnten Kremerschen Dissertation, wenn auch nicht expressis verbis, beigetreten, während Martinius (a. a. O. S. 543 ff.), der im übrigen den noch ausführlich zu erörternden Schlußfolgerungen Strohals zustimmt, insoweit von ihm abweicht, als er sich für eine analoge Anwendung des Abs. 2 des § 774 für den Fall des § 1225 ausspricht.

Auch Breit (a. a. O. S. 283 ff.), Bendix (a. a. O. S. 84 ff.) und Cohn (a. a. O. S. 410 ff.), die sich in der Hauptsache mit dem Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern beschäftigen, legen ihren Ausführungen die Auffassung zugrunde, daß durch den Hinweis auf den ganzen § 774 zwischen mehreren Drittverpfändern ein mitbürgenähnliches Verhältnis geschaffen sei. Dieser Ansicht hat sich auch Schulz (a. a. O. S. 70) und in seiner dritten und vierten Auflage auch Staudinger (a. a. O. zu 1225 Anm. 2b) »um des befriedigenden Endergebnisses halber« angeschlossen.

2. Der Ansicht Biermanns, daß ein Redaktionsversehen vorliege, kann ich mich nicht anschließen; wohin sollte es führen, wollte man bei der Interpretation des Gesetzes unbequeme Vorschriften kurz dadurch unwirksam machen, daß man sie für ein Redaktionsversehen erklärte?! Auf der anderen Seite würde es zu weit gehen, wenn man mit der ersten Ansicht Plancks ohne weiteres und allein auf Grund der Bestimmung des § 1225 zu einem Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern nach § 426 Abs. 1 kommen wollte (vergl. Sellner a. a. O. S. 477).

Aber auch der in der dritten Auflage des Planckschen Kommentars vertretenen Meinung kann ich nicht zustimmen. Auf die Bestimmung des § 769 ist zuviel Gewicht gelegt. Meines Erachtens ist die im § 769 ausgesprochene Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung im Absatz 2 des § 774 wiederholt worden und in ihm nochmals zum Ausdruck gebracht, daß Mitbürgen wie Gesamtschuldner ein gesetzliches Ausgleichungsrecht haben sollen, so daß für eine Vereinbarung nur in den Grenzen des § 426 Raum bleibt. Ich halte ferner auch die ausdehnende Interpretation, die der § 1225 über den Ausgleich zwischen Drittverpfändern beweglicher Sachen hinaus bei Planck gefunden hat, nicht für richtig. Dafür bietet weder der § 1225 selbst die nötige Unterlage, noch läßt sie sich mit den Vorschriften der §§ 774 und 426 begründen.

Meines Erachtens ist auch für mehrere Drittverpfänder beweglicher Sachen allein zutreffend, daß sie unter sich wie Gesamtschuldner nur nach § 426 haften. So ist die Bezugnahme des § 1225 Satz 2 auf den ganzen § 774 zu verstehen. Koban sagt, mehrere Pfänder haften einander nur nach § 426. Diese Fassung halte ich nicht für glücklich, wenngleich ihr Inhalt dasselbe besagen soll. Zwar ist richtig, daß Verpfänder dem Gläubiger nicht persönlich verpflichtet sind; ebenso richtig ist aber auch, daß die Pfänder einander nicht haften können. Die Pfänder haften jeder für sich nur dem Gläubiger für den Schuldbetrag, für den sie bestellt sind, und der Gläubiger kann sich aus jedem gegebenenfalls befriedigen. Auch scheint mir die Formulierung Kobans deshalb nicht passend zu sein, weil durch sie nicht zum Ausdruck kommt, daß Pfänder des persönlichen Schuldners und seiner Rechtsnachfolger (so auch Schulz a. a. O. S. 64) dem Ausgleichsprinzip nicht unterworfen sind. Und das ist doch, um Irrtümer zu vermeiden, notwendig. Aus diesem Grunde ist auch die Plancksche Fassung »Mehrere Verpfänder haften einander usw.« zu verwerfen. — Folgende Betrachtung führt zu dem richtigen Ergebnis: Wenn das Gesetz den § 774 Abs. 2 und damit den § 426 entsprechend angewendet sehen will, so hat es die Sachhaftung in ihren dinglichen Rechtsgrenzen erweitert und auf das Obligationenrecht übergreifen lassen. Hierdurch ist nun keineswegs die dingliche Natur des Pfandrechts aufgehoben; es hat aber zwischen den dritten Verpfändern von Pfandsachen gewisse obligatorische Bande geknüpft, wodurch sie zu einander in dasselbe Verhältnis gerückt werden, welches zwischen den Gesamtschuldnern und Mitbürgen besteht. Daraus ergeben sich zwischen den Drittverpfändern dieselben Rechte und Pflichten bezüglich des gegen-

seitigen Regresses, wie wir sie bei den Mitbürgen behandelt haben. Es ist demnach richtiger zu formulieren: »Mehrere Drittverpfänder haften einander nur nach § 426«, wobei allerdings die dingliche Natur der Haftung dem Gläubiger gegenüber nicht aus dem Auge zu verlieren ist. (Das Wort »Drittverpfänder« scheint mir den Begriff besser auszudrücken, als das Wort »Mitverpfänder«, das von Biermann, Martinius u. a. benutzt wird. Wenn man bei mehreren Bürgen auch von Mitbürgen spricht, so kann man sich darauf nicht berufen, da Mitbürgen die Zugehörigkeit des persönlichen Schuldners begrifflich ausschließen, Mitverpfänder aber nicht.)

3. Wir halten also die analoge Anwendung der §§ 774 Abs. 2, 426 für richtig. Würde man auf den Standpunkt Biermanns und der übrigen stehen und ein Redaktionsversehen annehmen, so käme man zu dem ganz unhaltbaren Ergebnis, daß mit der Befriedigung des Gläubigers durch einen der Drittverpfänder nach §§ 1256 Abs. 2, 774 Abs. 1, 412 Abs. 1 und 401 auch die übrigen Pfandrechte auf ihn übergingen und daß der zahlende und der von ihm in Anspruch genommene gegen einen weiteren Drittverpfänder würde regredieren können, bis schließlich einer der endgültig leidtragende Teil sein würde. Daß dies nicht dem Willen des Gesetzes entspricht, bedarf um so weniger eines Beweises, als das Gesetz für die andere Art des Einstehens für eine fremde Schuld, die Bürgschaft, ausdrücklich und unbestrittenermaßen eine Ausgleichung statuiert hat. (Daß dies auch bei der Gesamthypothek der Fall ist, soll unten im einzelnen gezeigt werden.)

Für den Regreß unter Drittverpfändern gilt nun im großen und ganzen dasselbe, wie für den Regreß unter den Mitbürgen. Es würde daher in der Hauptsache nur eine Wiederholung dieser Grundsätze sein, wollte ich den gegenseitigen Regreß hier im einzelnen noch einmal wieder durchführen. Nur das wichtigste soll in folgendem hervorgehoben werden.

Es fragt sich, wie sich die Ausgleichung nach dem § 426 im Prinzip gestalten soll, da doch von einem obligatorischen Verhältnis des Gläubigers zum Drittverpfänder und von einer persönlichen Schuld des Drittverpfänders im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein kann. (Koban behandelt diesen Punkt nicht näher; er sagt zunächst, einen selbständigen Ausgleichsanspruch obligatorischer Natur könne es zwischen den Drittverpfändern nicht geben; sie hafteten überhaupt nicht persönlich; dann aber kommt er zu dem Schluß, daß der zahlende Drittverpfänder einen Regreß habe unter Abzug einer Quote, ohne seinen Standpunkt weiter zu rechtfertigen.) Die Lösung liegt in folgendem: Wenn nach der Fälligkeit der Forderung (§ 1223 Abs. 2) die Leistung ausbleibt, so hat der Gläubiger das Recht, den Verkauf der Sache zu betreiben (§ 1228). Der Verpfänder hat den Pfandverkauf, wie beim Pfändungspfandrecht der Schuldner (§ 808 ff. Z. P. O.), zu »dulden«. Den Verkauf kann nur der Verpfänder dadurch abwenden, daß er die Schuldsumme zahlt. Und er wird immer zahlen müssen, wenn er sich die Pfandsache erhalten will. Die einen nennen diese Falkultas ein Gestaltungsrecht, die andern ein Recht des rechtlichen Könnens; Cosack (a. a. O. Bd. 2 S. 282 in Verbindung mit S. 216 17) spricht hier von einer Realobligation. Der Name tut nichts

zur Sache; der Kernpunkt der Sache ist, daß hier ein dem Sachhaftungsrecht immanentes quasiobligatorisches Verhältnis vorhanden ist, dessen verpflichtende Seite darin besteht, daß der Verpfänder zur Vermeidung des Pfandverkaufes die Schuldsumme an den Gläubiger zahlen muß. Insofern ist also auch der Verpfänder »Schuldner« des Gläubigers (vergl. Cohn a. a. O. S. 412). Ist aber der Verpfänder als Schuldner des Gläubigers anzusehen, so heißt es nur die logische Konsequenz ziehen, wenn man mehreren Drittverpfändern die Stellung von Gesamtschuldnern einräumt. Und das allein ist es, was der § 1225 Satz 2 zum Ausdruck bringen soll, in dem gleichzeitig auch gesagt ist, daß der persönliche Schuldner zu den »Gesamtschuldnern« in diesem Sinne nicht gehören soll, mögen auch einige Pfänder von ihm selbst bestellt sein.

4. Es fragt sich, ob der Drittverpfänder auch dann in die Rechte des Gläubigers eintritt, wenn ein Verkauf der Pfandsachen stattgefunden hat (vergl. Wunderlich a. a. O. S. 98). Expressis verbis ist in dem Gesetz weder das eine noch das andere gesagt; die Bejahung der Frage ergibt sich meines Erachtens aus § 1247 in Verbindung mit § 1225; durch den Verkauf des Pfandes wird der Gläubiger auch befriedigt (vergl. § 1228 Abs. 1). Wollte man dem nicht zustimmen, so wäre nicht einzusehen, warum für den Pfandverkauf etwas grundsätzlich anderes gelten sollte, als für die Aufrechnung und Hinterlegung (§ 1224), obwohl doch auch sie ebenso wie der Pfandverkauf die mangelnde Zahlung ersetzen. Es wäre ferner vollständig unverständlich, weshalb für das Hypothekenrecht eine gerade entgegengesetzte Regelung getroffen ist (§ 1182), worauf ich unten zurückkomme. Endlich ist zu berücksichtigen, daß der wirtschaftliche Effekt für den Drittverpfänder annähernd derselbe ist, mag er nun freiwillig zahlen oder seine Pfandsache verkauft werden. Stimmt man dem aber zu, so ist es auch logischerweise richtig, den Verkauf eines von einem Dritten sicherungshalber bestellten Pfandes einer freiwilligen Zahlung gleichzustellen, trotzdem es im Gesetz nicht besonders gesagt ist. Es muß also auch im Falle des Pfandverkaufes die Forderung mit den Pfandrechten im Rahmen des § 1225 übergehen; und Forderung wie Pfandrechte erlöschen erst, wenn der Regreßnehmer, sei es durch den Hauptschuldner, sei es durch die übrigen Drittverpfänder, befriedigt ist. (Daß das Pfandrecht des Drittverpfänders durch den Verkauf untergegangen ist, versteht sich von selbst, ergibt sich übrigens auch aus § 1242 Abs. 2.)

5. Für die Berechtigung der Annahme eines quasiobligatorischen Verhältnisses läßt sich außer den obigen Argumenten noch die Bestimmung des § 1211 anführen, nach der der Drittverpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber die einem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden geltend machen kann. Und zwar verliert er diese Einreden auch dann nicht, wenn der Schuldner auf sie verzichtet hat (vergl. § 768). In diesem Zusammenhange ist mit Cohn zum Beweise unserer Ansicht auf die einschlägigen Bestimmungen des Hypothekenrechts hinzuweisen. Die Vorschrift des § 1211 findet sich in dem § 1137 wieder. In § 1142 ist von der der Fälligkeit gegenüber dem persön-

lichen Schuldner unabhängigen Fälligkeit gegenüber dem dritten Eigentümer die Rede. Der § 1146 spricht von einem besonderen Verzuge des Eigentümers. Endlich ist auch der § 592 Z. P. O. heranzuziehen. Dort heißt es: »Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch der Anspruch aus der Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld.« (Entsprechende Vorschriften finden sich in den §§ 688, 794 Z. P. O. wieder.) Das ist es, worauf es ankommt: Der Anspruch aus der Hypothek gilt als Zahlungs-(Leistungs-)anspruch, mit anderen Worten der Hypothekar, der nicht persönlicher Schuldner ist, und in Analogie hierzu der Drittverpfänder beweglicher Sachen, gilt als Schuldner, d. h. zwischen ihm und dem Pfandgläubiger besteht ein quasiobligatorisches Verhältnis.

6. Somit macht nun die Anwendung des § 426 keine Schwierigkeiten mehr. Wollte man ihn in eine entsprechende Form bringen, müßte man etwa sagen:

(Abs. 1.) »Drittverpfänder haften dem Gläubiger zwar nicht mit ihrem ganzen Vermögen; es haften ihm vielmehr die von ihnen verpfändeten Pfandsachen, und zwar jede für die ganze Forderung. Doch besteht auch zwischen den Drittverpfändern und dem Gläubiger ein gewisses quasiobligatorisches Verhältnis von der Bedeutung, daß der Drittverpfänder, wenn der Gläubiger die Sache verkaufen will, die Schuldsumme zahlen muß, wenn anders er den Verkauf abwenden will. Bezüglich dieses quasiobligatorischen Verhältnisses nun, aber auch dann, wenn der Verkauf eines der Pfänder stattgefunden hat, sind die Drittverpfänder im Verhältnis zu einander zu gleichen Teilen verpflichtet. Kann von einem Drittverpfänder der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Drittverpfändern zu gleichen Teilen zu tragen.«

(Abs. 2.) »Soweit ein Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt, oder soweit der Gläubiger durch den Verkauf der Pfandsachen eines Drittverpfänders befriedigt wird, und der letztere von den übrigen Ausgleichung verlangen kann, geht das Recht des Gläubigers, auf Grund des quasiobligatorischen Verhältnisses, Zahlung zu verlangen und bei ausbleibender Zahlung den Pfandverkauf zu betreiben (das Pfandrecht), gegen die übrigen Drittverpfänder als Annex der ebenfalls übergehenden Forderung gegen den persönlichen Schuldner auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.«

7. Hieraus ergeben sich nun in ähnlicher Weise wie bei den Mitbürgen folgende Sätze: Auf Grund des Abs. 1 besteht zwischen den Drittverpfändern ein selbständiger Ausgleichsanspruch, des Inhalts, daß ein Drittverpfänder, dessen Sache verkauft werden soll, das Recht hat, von den übrigen Drittverpfändern die Zahlung der auf sie entfallenden Beiträge zu verlangen. Hat ein Drittverpfänder den Gläubiger freiwillig befriedigt oder ist seine Pfandsache verkauft worden, so hat er einen doppelten Regreß gegen die übrigen Drittverpfänder: den Regreß auf Grund des internen Ausgleichsprinzips und den Regreß nach dem Subrogationsprinzip. Beide Regreßansprüche stehen, wie wir gesehen haben, zu einander im Verhältnis der Anspruchs-Konkurrenz:

Kommt der regredierende Drittverpfänder mit seinem Anspruch aus Abs. 2 zum Ziel, so ist damit der konkurrierende Anspruch aus dem Quasisozietätsverhältnis des Abs. 1 erloschen.

Für den Ausgleich kommt auch hier in erster Linie ein etwa zwischen den Drittverpfändern bestehendes besonderes Verhältnis in Betracht. Ich kann mich in dieser Beziehung den von Koban (a. a. O. S. 181 ff.) für das österreichische Recht gemachten Ausführungen anschließen; sie müssen auch für unser Recht gelten. Die Worte: »soweit nicht ein anderes bestimmt ist« sind auch für die Drittverpfänder extensiv zu interpretieren, so daß unter die besonderen Verhältnisse alle diejenigen zu rechnen sind, die auf Gesetz, Vertrag oder anderen besonderen Umständen beruhen. Insbesondere sind hier neben den schon bei dem Mitbürgenregreß erwähnten, meist auf Vereinbarung beruhenden Fällen die zu nennen, in denen der Drittverpfänder schon vorher von dem persönlichen Schuldner Deckung erhalten hat, was oftmals dann vorkommen wird, wenn er das Pfandobjekt nach der Verpfändung von dem persönlichen Schulder erworben hat.

Wofür ein jedes der Pfänder haftet, ist im § 1210 ausdrücklich gesagt worden: Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligem Bestand, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen. Es haftet ferner für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, sowie für die Kosten des Pfandverkaufes. Hiernach richtet sich auch die Höhe des Ausgleichsanspruchs; hat z. B. ein Drittverpfänder die für $^1/_2$ Jahr rückständigen Zinsen und die Kosten der Kündigung, u. a. auch die der Zustellung nach § 132 Z. P. O. mitbezahlt, so besteht der Ausgleichsanspruch aus Schuldsumme plus Zinsen und Kündigungskosten minus eines auf den zahlenden Drittverpfänder entfallenden Kopfteiles (s. unten). Hierzu kommen noch eventuell die Verwendungen, die der Pfandgläubiger auf das Pfand gemacht hat; ihre Ersatzpflicht richtet sich nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1216).

8. Bei Ermangelung eines besonderen Verhältnisses findet ein Ausgleich nach Kopfteilen statt. Für das gemeine Recht hat Dernburg (s. Pfandrecht Bd. 2 S. 367, Pandekten Bd. 1 S. 683, und Schulz a. a. O. S. 72/73) die Ansicht ausgesprochen, die Teilung müsse im Verhältnis des Wertes jeder einzelnen zu dem der übrigen Pfandsachen erfolgen. Koban (a. a. O. S. 184 ff.) hält diese Art der Repartition für das österreichische Recht für unannehmbar; er meint, der Wert der Pfandsachen sei in den Fällen überhaupt gleichgültig, in denen jede der verpfändeten Sachen ihrem Werte nach die Schuldsumme decke; nur dann komme der Wert der Pfänder in Betracht, wenn der Wert eines jeden einzelnen Pfandes die Höhe der Pfandsumme nicht erreiche. Koban führt folgendes Beispiel an: Für eine Schuld von 1000 Mk. haftet ein Pfand im Werte von 2000 Mk. und ein anderes im Werte von 600 Mk. Hier könne der Eigentümer des ersten Pfandes gegen den des zweiten nur einen Regreß in Höhe von 300 Mk., nicht von 500 Mk., der zweite aber, wenn er die ganze Summe zahle, gegen den ersten einen Regreß von 700 Mk. nehmen.

Ich möchte mich dieser Ansicht Kobans anschließen; sie entspricht auch dem Ausgleichsprinzip des deutschen Rechts am meisten. Dernburg läßt den Wert der Pfänder eine zu große Rolle spielen. Die Frage, die interessiert, ist, ob jedes Pfand soviel wert ist, daß es die Schuldsumme decken kann. Ist dies der Fall, dann erfolgt die Repartition zu gleichen Teilen. Ist es nicht der Fall, decken z. B. eines oder zwei die Schuldsumme nicht, dann werden sie bei der Repartition nur mit ihrem Werte angesetzt, jedes der übrigen jedoch in Höhe der Schuldsumme. Erreicht keine der Pfandsachen nach ihrem Werte die Höhe der Schuldsumme, so erfolgt bei allen Repartition im Verhältnis der Werte zu einander. Diesen letzteren Fall scheint mir Dernburg im Auge gehabt zu haben. Es haften z. B. für eine Schuld von 1000 Mk. zwei Pfänder, eines dem A., und eines dem B. gehörig, und A. zahlt dem den Verkauf betreibenden Gläubiger die 1000 Mk. Er will nun gegen B. auf 500 Mk. regredieren; es stellt sich aber heraus, daß das Pfand des B. nur einen Wert von 500 Mk. hat und daß B. infolgedessen nur 250 Mk. zahlen will. Die Pfandsache des A. hat indessen auch nicht den Wert von 1000 Mk., sie ist nur 750 Mk. wert. Es ergibt sich also, daß A. und B. im Verhältnis von 3 zu 2 haften, so daß A. gegen B. nur in Höhe von 400 Mk. regredieren kann, während er 600 Mk. aus eigener Tasche zahlen muß. Im übrigen bleibt es in Abweichung von Dernburg bei den in Anschluß an Koban aufgestellten Grundsätzen (vergl. Breit a. a. O. S. 293 ff.).

9. Bezüglich des Regresses nach dem Subrogationsprinzip gilt auch hier der Satz, daß auf den den Gläubiger befriedigenden Drittverpfänder die Forderung gegen den persönlichen Schuldner und damit nach §§ 412, 401 auch alle Nebenrehte in voller Höhe übergehen, soweit sie nicht von Dritten bestellt sind, daß dagegen die von dritten Personen bestellten Pfandrechte an beweglichen Sachen nur im Rahmen des § 426 Abs. 2 von dem zahlenden Drittverpfänder erworben werden. Und zwar gehen diese Pfandrechte nicht, wie Kremer bezüglich des Mitbürgenregresses meint, ebenfalls in ganzer Höhe über; der Regreßnehmer wird auch nicht in einer vorläufig noch unbestimmten Höhe oder zu einer festbestimmten Quote subrogiert; die Pfandrechte gehen vielmehr, wie beim Mitbürgenregreß eingehend ausgeführt ist, als solidarische auf den Regreßnehmer über und zwar gegen jeden einzelnen der übrigen Drittverpfänder in ganzer Höhe abzüglich eines nach der Zahl aller Drittverpfänder gebildeten Kopfteiles des Regreßnehmers selbst.

10. Wie beim Mitbürgenregreß möchte ich die Anwendung des § 426 auch ausdehnen auf die Fälle, in denen sich Gläubigerrechte und Pfandrechte in der Person eines Drittverpfänders vereinigen, also besonders im Falle der Zession und der Konfusion durch Erbgang. Zwar erlischt in solchen Fällen das Pfandrecht an der eigenen Sache wegen der Vereinigung mit dem Eigentum (falls der Drittverpfänder der Eigentümer ist: § 1256 Abs. 1). Aber kraft des selbständigen Ausgleichsanspruchs, den wir ja auch den Drittverpfändern gewähren, kann der Drittverpfänder, in dessen Person die Vereinigung stattgefunden hat, nicht auf das Ganze, sondern, wie bei der Befriedigung des Gläubigers gegen die übrigen, nur pro parte regredieren.

11. Endlich ist noch ein Wort über den Fall zu sagen, daß der Gläubiger ein an einer dem persönlichen Schuldner oder einem Drittverpfänder gehörigen Sache bestehendes Pfandrecht aufgibt. Koban (a. a. O. S. 201) will hier mit einem kompensando anzuwendenden Schadensersatzanspruch helfen, übersieht aber dabei, daß mit einem Schadensersatzanspruch erst dann kompensiert werden kann, wenn im Gesetz ein Recht auf Schadensersatz gewährt und ein Schade entstanden ist. Meines Erachtens ist der § 776 auf Drittverpfänder analog zur Anwendung zu bringen. Mit Recht sagt Cohn (a. a. O. S. 413), daß der § 776 eine Schutzbestimmung des Bürgen sei, Mitbügen gegenüber aber nur in Höhe des Ausgleichsanspruchs Anwendung finden hönne. Denn er bringt, auf die Mitbürgschaft angewendet, das Prinzip zum Ausdruck, daß ein Mitbürge, wenn der Gläubiger das Recht gegen einen anderen Mitbürgen aufgibt, in Höhe seines Ausgleichsanspruches nach §§ 774, 426 befreit sein soll. Durch Bezugnahme auf diese Paragraphen im § 1225 ist nun aber im Gesetz anerkannt, daß inbezug auf Drittverpfänder dasselbe gelten soll, wie für Mitbürgen. Wollte man jedoch aus dem Umstande, daß das Gesetz für Drittverpfänder eine dem § 776 entsprechende Bestimmung nicht getroffen hat, den Schluß ziehen, daß der in diesem Paragraph ausgesprochene Grundsatz für Drittverpfänder nicht gelten solle, so würde man den Drittverpfändern mit der einen Hand nehmen, was man ihnen mit der anderen gegeben hat. Der § 776 muß also entsprechende Anwendung finden: Beim Aufgeben des Pfandes eines Drittverpfänders wird jeder andere Drittverpfänder frei in Höhe des Ausgleichsanspruches bezw. des Wertes des aus der Haft entlassenen Pfandes, wenn die Höhe des Wertes die Höhe des Ausgleichsanspruches nicht erreicht. Beim Aufgeben des Pfandes des persönlichen Schuldners dagegen werden die Drittverpfänder frei in ganzer Höhe der Schuld bezw. in Höhe des Wertes des Pfandes, wenn dieser die Höhe der Schuldsumme nicht erreicht.

12. Zum Schlusse dieses Teils soll noch für den Fall der Verpfändung von Rechten seitens dritter Personen darauf hingewiesen werden, daß nach § 1273 die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung finden. Für den Ausgleich zwischen solchen dritten Personen, die zur Sicherheit einer Forderung Rechte, insbesondere Forderungen, verpfändet haben, gilt also dasselbe, was für den Regreß zwischen den Drittverpfändern beweglicher Sachen soeben ausgeführt ist.

§ 6.

c) Ausgleichsansprüche zwischen den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke.

1. Beim Ausgleich zwischen den Dritteigentümern von Grundstücken, die für die gleiche Schuld dem Gläubiger verpfändet sind, mag es wegen der größeren Kompliziertheit der in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen erlaubt sein, bei der folgenden Darstellung etwas weiter auszuholen.

Das B. G. B. nennt eine Hypothek, die an mehreren Grundstücken besteht, Gesamthypothek (§ 1132). Sie kann auf verschiedene Weise entstehen (vergl. Brinck a. a. O. S. 72 ff.):

1. dadurch, daß für dieselbe Forderung gleichzeitig mehrere Grundstücke mit einer Hypothek belastet werden (§ 49 Abs. 1 Satz 1 G. B. O.). Dies ist der Normalfall.
2. dadurch, daß der Eigentümer das bisher einheitliche Pfandgrundstück in mehrere Grundstücke zerlegt und für jeden Teil ein Grundbuchblatt anlegen läßt (Cosack a. a. O. Bd. 2 S. 228).
3. dadurch, daß für dieselbe Forderung, für die schon eine Hypothek an einem Grundstück besteht, nachträglich noch an einem anderen Grundstück eine Hypothek bestellt wird (§§ 49 Abs. 1 Satz 2 1. Hälfte, 63 G. B. O.).
4. dadurch, daß im Falle der Uebertragung eines Grundstücksteils auf ein anderes Grundbuchblatt die auf dem Stammgrundstück lastende Hypothek mit übertragen wird (§ 49 Abs. 1 Satz 2, 2. Hälfte G. B. O., vergl. dazu § 47 Abs. 2 G. B. O.).
5. dadurch, daß ein Grundstück einem anderen Grundstück im Grundbuch zugeschrieben wird (§§ 890, 1131 B. G. B.; im Wege der Zwangsvollstreckung kann eine Gesamthypothek nicht begründet werden, § 867 Abs. 2 Z. P. O.).

Bei einer Gesamthypothek haftet jedes der Grundstücke nach Art des Gesamtschuldverhältnisses für die ganze Schuld. Der Gläubiger kann sich nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zum Teil befriedigen (§ 1132 Abs. 1). Nach Abs. 2 dieses Paragraphen kann der Gläubiger den Betrag der Forderung, für die die Gesamthypothek bestellt ist, auf die einzelnen Grundstücke unter Verzicht auf die Gesamthaftung verteilen (also ohne Unterschied dessen, ob sie dem persönlichen Schuldner gehören oder nicht).

Eine große Rolle spielt die Verteilung der Haftungslast bei der von dem Gläubiger zu seiner Befriedigung in mehrere Grundstücke betriebenen Zwangsversteigerung. § 63 Z. V. G. enthält die Grundregel für die Versteigerung mehrerer Grundstücke: Sie sind einzeln auszubieten. Auf Verlangen eines Beteiligten müssen sie zusammen ausgeboten werden. Grundstücke, die mit einer Gesamthypothek belastet sind, müssen auf Verlangen ebenfalls zusammen ausgeboten werden. Der Zuschlag ist zu versagen, wenn diesen Vorschriften zuwidergehandelt ist (§ 83 Nr. 2 Z. V. G.). Auf Antrag ist die Gesamthypothek bei Feststellung des geringsten Gebotes auf die einzelnen Grundstücke im Verhältnisse ihres Einzelwertes zu ihrem Gesamtwert zu verteilen. Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen (§ 64 Abs. 1 Z. V. G.). Der betreibende Gesamtgläubiger, der nicht zu den Antragsberechtigten des Abs. 1 gehört, kann bis zum Schluß des Versteigerungstermines verlangen, daß bei Feststellung des geringsten Gebots nur die vorgehenden Belastungen berücksichtigt werden (§ 64 Abs. 2 Z. V. G.). Bezüglich der Berechnung des

Bargebots ist der § 50 Z. V. G. zu beachten. Wenn die Hypothek, die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt ist, an dem versteigerten Grundstück nach den besonderen Vorschriften über die Gesamthypothek erlischt, soll der Ersteher außer dem Bargebot auch den Betrag der berücksichtigten Hypothek zahlen. Eine Ausnahme soll nur dann stattfinden, wenn der Ersteher nicht bereichert ist und persönlich haftet. Das Erlöschen der Hypothek soll ihm nicht ohne Grund Vorteile bringen. Die §§ 112, 122 Z. V. G. enthalten Vorschriften über die Verteilung des Gesamterlöses auf mehrere Grundstücke, wenn sie mit einer Gesamthypothek belastet sind. Das Wesentliche hiervon ist, daß unbeschadet der Bestimmungen des § 1132 Abs. 1 Satz 2 B. G. B., falls also der Gläubiger von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch macht, und wenn der Ersteher zahlt, der Gläubiger nach dem Verhältnis der Größe der für die einzelnen Grundstücke berechneten Erlöse, die sich nach dem Abzug der dem Pfandrecht des Gesamtpfandgläubigers vorgehenden Rechte ergeben haben, aus den einzelnen Grundstücken befriedigt wird.

Es bleibt noch übrig, wegen seiner besonderen Bedeutung für unser Thema mit einigen Worten auf das Institut der Eigentümerhypothek einzugehen (vergl. Brinck a. a. O. S. 167 ff.).

Die besondere Gestaltung, die das Bodenkreditwesen im modernen Recht gefunden hat, insbesondere seine grundbuchliche Behandlung, haben es zum Unterschied von den beiden anderen Sicherungsarten ermöglicht, in der Hypothek, wenn sie ihren eigentlichen Zweck, dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren, nicht mehr erfüllt, ein Vermögensobjekt besonderer Art auszubilden, das auch im Falle einer Gesamthypothek für den regreßberechtigten Eigentümer eine große Rolle spielt.

Wenn sich Hypothek und Eigentum ohne die Forderung in einer Person vereinigen, so entsteht eine Eigentümerhypothek, richtiger, eine Eigentümergrundschuld; denn nach § 1177 Abs. 1 verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. Dies entspricht der zugrunde gelegten Rechtsauffassung, daß eine Hypothek ohne eine Forderung, für die das Grundstück verpfändet ist, nicht bestehen kann. Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so ist die Hypothek eine sogenannte Hypothek des Eigentümers, auf die für die Dauer der Vereinigung von Forderung, Hypothek und Eigentum die Vorschriften über die Grundschuld des Eigentümers Anwendung finden (§ 1177 Abs. 2). Die Hypothek als solche ruht also solange, bis z. B. die Forderung an einen Dritten abgetreten ist.

Im folgenden sollen kurz die verschiedenen Entstehungsarten einer Eigentümerhypothek bezw. einer Hypotek des Eigentümers genannt werden.

Eine Eigentümerhypothek entsteht:

1. Wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 1).
2. Wenn die Uebergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger nicht erfolgt ist (§ 1163 Abs. 2).

3. Wenn die Forderung erlischt (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164), insbesondere bei Befriedigung durch den persönlichen Schuldner.
4. Wenn der Gläubiger auf die Forderung verzichtet.
5. Wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, ohne dem Eigentümer die Forderung zu übertragen (§ 1168).
6. Wenn der Gläubiger mit seinem Rechte ausgeschlossen wird (§§ 1170, 1171).

Zu beachten sind dabei die Bestimmungen der §§ 1177 Abs. 1 Satz 2, 1197, 1198 und außer den allgemeinen Vorschriften über Eintragungen und Berichtigungen die Vorschrift des § 65 Abs. 1 G. B. O.

Eine Hypothek des Eigentümers dagegen entsteht:

1. Wenn der Gläubiger die Forderung an den Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, abtritt (§ 1153).
2. Wenn sich Eigentum und Forderung durch Erbgang in einer Person vereinigen, ohne daß die Forderung erlischt.
3. Wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt (§ 1143).

Im Falle einer Gesamthypothek kennt das Gesetz, wenn die belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, auch eine Eigentümergesamthypothek, auf die nach § 741 die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 742 bis 758) Anwendung finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Eine Eigentümergesamthypothek entsteht:

1. In den Fällen des § 1163 (§ 1172 Abs. 1), also, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gekommen, wenn sie erloschen oder wenn der Hypothekenbrief dem Gläubiger noch nicht übergeben ist.
2. Durch Verzicht des Gläubigers auf die Gesamthypothek (§ 1175 Abs. 1 Satz 2).
3. Durch Ausschluß des Gläubigers im Aufgebotsverfahren (§ 1175 Abs. 2).

In allen Fällen kann jeder Eigentümer, wenn nicht andere Vereinbarungen entgegenstehen, eine Beschränkung und Verteilung der Eigentümergesamthypothek, also eine Umwandlung in gewöhnliche Eigentümerhypotheken, nach dem Verhältnis des Gesamtwerts der Grundstücke zu ihrem unter Abzug der vorhergehenden Belastungen berechneten Einzelwert verlangen (§§ 1172 Abs. 2, 1175 Abs. 1, 1132 Abs. 2).

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so kann er die Forderung nicht erwerben. Ist er gleichzeitig Eigentümer, so erwirbt er, wie wir gesehen haben, die Hypothek an seinem eigenen Grundstück. Besteht dagegen eine Hypothek an dem Grundstück eines Dritten, so erwirbt er diese Hypothek, wenn und soweit er einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer geltend machen kann (§ 1164, vergl. Sternberg a. a. O. S. 558). Besteht eine Gesamthypothek und ist er nicht Eigentümer eines der Grundstücke, so erwirbt er, wenn er einen Ersatzanspruch gegen einen der Eigentümer

hat, die Hypothek an dessen Grundstück. Dasselbe gilt bei Vereinigung von Forderung und Hypothek in einer Person (§ 1174 Abs. 1).

2. Und hiermit sind wir nach dieser Einleitung bei unserem eigentlichen Thema angelangt:

Man hat den Umstand, daß in dem § 1143 Abs. 1 nur auf den Abs. 1 des § 774 und nicht auf den ganzen Paragraphen Bezug genommen ist, als Argument dafür angeführt, daß die Bezugnahme auf den ganzen § 774 im § 1225 ein Redaktionsversehen sei (siehe Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1225), und es ist auf der anderen Seite ohne weiteres die Ansicht ausgesprochen worden, daß in dem § 1173, auf den im § 1143 verwiesen ist, eine Ausgleichspflicht statuiert worden sei (siehe Breit a. a. O. S. 285, Bendix a. a. O. S. 90). Daß jene Auffassung irrig ist, haben wir oben nachzuweisen versucht. Auch die letztere Ansicht kann nicht in der Allgemeinheit, in der sie ausgesprochen ist, gebilligt werden.

Der § 1143 sagt in seinem Abs. 1, daß, wenn und soweit der Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt, die Forderung gegen den persönlichen Schuldner auf ihn übergehen soll. Nach §§ 1153, 1177 Abs. 2 wird die Hypothek eine Hypothek des Eigentümers. Und gemäß §§ 412, 401 erwirbt er auch die Akzessorien. Letzteres gilt, wenn ein beteiligter Dritter gemäß §§ 1150, 268, 1153 die Forderung mit der Hypothek erwirbt. Für eine Gesamthypothek dagegen gelten die Sondervorschriften des § 1173 und für den Fall, daß der Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt ist, die des § 1182 (vergl. Siber a. a. O. S. 159, Schulz a. a. O. S. 54, die die Bedeutung des § 1182 verkennen).

Der § 1173 Abs. 1 bestimmt zunächst, daß der den Gläubiger befriedigende Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück erwirbt, und daß die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Hierbei ist es gleichgültig, ob der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht. Ist er persönlicher Schuldner, so kommen die §§ 362, 364, 1177 Abs. 1, andernfalls kommt § 1177 Abs. 2 zur Anwendung; in jenem Fall wird seine Hypothek eine Eigentümerhypothek, in diesem eine Hypothek des Eigentümers (s. Brinck a. a. O. S. 74). Für das Verhältnis zum persönlichen Schuldner finden eventuell §§ 1143, 774 Abs. 1 letzter Satz Anwendung. Der Eigentümer kann gegen den persönlichen Schuldner Regreß nehmen, soweit diesem nicht Einwendungen, wie z. B. die, daß der Eigentümer schon Deckung erhalten habe, zur Seite stehen. Der Befriedigung durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird, oder wenn die Forderung sich mit der Schuld in der Person des Eigentümers vereinigt (§ 1173 Abs. 1 Satz 2).

3. Der § 1173 Abs. 2 und der korrespondierende § 1182 enthalten nun besondere Vorschriften für den Fall, daß der Eigentümer von einem anderen Eigentümer Ersatz verlangen kann. Es heißt ausdrücklich entsprechend dem Wortlaut der §§ 1164, 1166 und 1174 »Kann der Eigentümer Ersatz verlangen«. Von einer Ausgleichung, wie Breit und Bendix meinen, ist im Gesetz selbst nicht die Rede. Ein ersatzberechtigter Eigentümer erwirbt neben der

Hypothek an seinem Grundstük in der Höhe des Ersatzanspruches auch die Hypothek an dem Grundstück des Ersatzverpflichteten. Die Hypotheken stehen zu einander im Verhältnis einer Gesamthypothek. Im Falle des § 1182 erlischt die Hypothek an dem Grundstück gemäß § 1181 Abs. 1, der ersatzberechtigte Eigentümer erwirbt in Höhe des Ersatzanspruches die Hypotheken an den Grundstücken der etwa ersatzpflichtigen Eigentümer. Diese Hypotheken bilden auch weiterhin eine Gesamthypothek. Und zwar darf die Hypothek erst gelöscht werden, wenn feststeht, daß dem Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt hat, ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer des mitbelasteten Grundstücks nicht zusteht (s. Rechtsprechung der O. L. G. Bd. 9 S. 317).

Es fragt sich nun, wie die §§ 1173 Abs. 2, 1182 auszulegen sind. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß in den beiden Paragraphen ohne Unterschied von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsnachfolger dieses Eigentümers die Rede ist. Der persönliche Schuldner wird also, wenn er gleichzeitig ein solcher Eigentümer ist, dem Wortlaut nach nicht ausgenommen. Schon hierin liegt der Beweis dafür, daß die Annahme der zitierten Schriftsteller, der § 1173 ersetze die fehlende Bezugnahme des § 1143 Abs. 1 auf den ganzen § 774 und damit auch auf den § 426 unrichtig ist. Es entspricht nicht der Vorschrift des § 1173 Abs. 2, wenn Bendix (a. a. O. S. 90) unter Nr. 3 behauptet, daß der Grundsatz des Uebergangs der Sicherungen in Höhe des Ausgleichsanspruchs im Falle der Gesamthypothek auch dann gilt, wenn das eine oder das andere der belasteten Grundstücke dem persönlichen Schuldner gehört, der Eigentümer eines der anderen Grundstücke aber den Gläubiger befriedigt (vergl. Schulz a. a. O. S. 63). Es würde mit dem auf dem § 426 beruhenden Ausgleichsprinzip mehrerer Drittverpflichteter schlechterdings unvereinbar sein, wollte man dem persönlichen Schuldner, falls er Eigentümer eines der belasteten Grundstücke ist, hier ein Recht gewähren, das ihm den Mitbürgen und Drittverpfändern beweglicher Sachen gegenüber versagt ist. Die Sache liegt vielmehr so: Auf den befriedigenden Eigentümer geht nach § 1143 Abs. 1 die Forderung über. Kann er nun von dem persönlichen Schuldner nicht Ersatz verlangen, so erwirbt er zwar die Hypothek an seinem Grundstück als Eigentümerhypothek, die Hypothek an dem Grundstück des persönlichen Schuldners dagegen erlischt nach § 1173 Abs. 1. Kann der Eigentümer andererseits von dem persönlichen Schuldner Ersatz verlangen, was das Normale ist, so geht mit der Forderung nach §§ 1143, 412, 401, 1153, 1173 die Hypothek in voller Höhe des Ersatzanspruchs auf den zahlenden Eigentümer über. Und der Eigentümer ist selbstverständlich auch berechtigt, sich in voller Höhe aus dem Grundstück des persönlichen Schuldners zu befriedigen. In diesem Fall erlöschen beide Hypotheken, die bisher eine Gesamthypothek gewesen sind, während im Falle der freiwilligen Befriedigung durch den persönlichen Schuldner dieser die Hypothek an seinem Grundstück als Eigentümerhypothek erwirbt und die Hypothek am Grundstück des befriedigten Eigentümers erlischt.

4. Wie steht es nun, wenn mehrere Dritte, sei es neben dem persönlichen Schuldner, sei es ohne ihn, Grundstücke im Eigentum haben, die mit

einer Gesamthypothek belastet sind? Hat auch der persönliche Schuldner oder sein Rechtsnachfolger (s. § 1173 Abs. 2) ein Grundstück unter ihnen und stehen Vereinbarungen nicht entgegen, so wird sich der zahlende Eigentümer natürlich zunächst in voller Höhe des Ersatzanspruchs an dies Grundstück halten können (vergl. Schulz a. a. O. S. 63). Dieser Satz muß auch dann gelten, wenn sich der Gläubiger aus dem Grundstück des ersatzberechtigten Dritteigentümers befriedigt. Und zwar gilt beides unbeschadet der Vorschriften des § 1132 und der §§ 64, 112, 122 Z. V. G., die für den Fall der gleichzeitigen Versteigerung mehrerer Grundstücke einen Unterschied zwischen den den persönlichen Schuldnern gehörigen Grundstücken und dem Grundstück des Dritteigentümers nicht machen. Die Vorschriften der §§ 1173, 1182 werden hierdurch nicht berührt.

Ist dagegen der persönliche Schuldner nicht unter den Eigentümern oder ist ein Regreß seitens der Dritteigentümer gegen ihn ausgeschlossen, so erwirbt der befriedigende Eigentümer auch in diesem Fall die Hypothek an den Grundstücken der übrigen Hypothekare, wenn er Ersatz verlangen kann. Entsprechend der Natur der Gesamthypothek und ihren verschiedenen Entstehungsarten kann dieser Ersatzanspruch sehr verschiedener Natur sein. (Brinck ist mit Unrecht der Ansicht, daß die Befriedigung durch einen ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner nicht unter die Regel des § 1173 falle, a. a. O. S. 109 ff.). Sehr häufig wird es z. B. vorkommen, daß unter den Eigentümern einer Rechtnachfolger des persönlichen Schuldners im Eigentum ist, und, sei es mit, sei es ohne die persönliche Haftung, die Hypothek nach Maßgabe des § 416 in Anrechnung auf den Kaufpreis ganz oder teilweise übernommen hat. In diesem Fall wird der Rechtsnachfolger einem zahlenden Dritteigentümer ersatzpflichtig sein (§ 1173 Abs. 2). Wenn neben der an dem Grundstück eines Dritteigentümers schon bestehenden Hypothek noch eine weitere Hypothek an dem Grundstück eines andern bestellt wird, so mag es nicht selten vorkommen, daß unter den beiden Dritteigentümern die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung getroffen wird, daß das Grundstück des ersteren prinzipaliter, das des letzteren aber nur für den etwaigen Ausfall haften solle. Bei einer Zerlegung der Pfandgrundstücke und bei Anlegung neuer Grundbuchblätter kann, wenn das Eigentum an den Grundstücken an Dritte übergeht, unter den Erwerbern eine Vereinbarung über die Verteilung der Haftungslast dahin getroffen werden, daß die einzelnen Grundstücke und ihre Eigentümer unter einander nach der Größe der Grundstücke oder nach ihrem Wert ausgleichspflichtig sein sollen. Wenn mehrere Dritte zugleich und in Uebereinstimmung mit einander für die Schuld eines anderen eine Gesamthypothek auf ihren Grundstücken bestellen, werden sie in den meisten Fällen ähnliche Verabredungen über die spätere Verteilung der Haftungslast treffen.

5. Insoweit entspricht die Vorschrift der §§ 1173 Abs. 2, 1182 der Bestimmung des § 426 Abs. 2 über die Gesamtschuld. Die Vorschrift des § 426 Abs. 1, daß Gesamtschuldner mangels eines besonderen Verhältnisses unter einander zu gleichen Teilen verpflichtet sind, die auch auf Mitbürgen

und Drittverpfänder Anwendung finden sollen (§§ 774 Abs. 2, 1125 Satz 2), ist also ausdrücklich für anwendbar nicht erklärt worden (s. auch Brinck a. a. O. S. 109 ff.; er nimmt eine gesetzliche Ausgleichspflicht nicht an). Ist nun daraus der Schluß zu ziehen, daß die Anwendung des internen Ausgleichsprinzips für das Grundpfandrecht verboten ist? (s. Sternberg a. a. O. S. 559). Oder hat der Gesetzgeber einen nochmaligen Hinweis auf den § 426 Abs. 1 für überflüssig und dessen Anwendung für selbstverständlich gehalten (vergl. Cohn a. a. O. S. 413, vergl. Schultz a. a. O. S. 70f.)?

Ich denke z. B. an folgende Fälle: Eine Gesamthypothek ist, sei es gleichzeitig, sei es zu verschiedenen Zeiten, ohne die gedachte Vereinbarung an mehreren verschiedenen Dritteigentümern gehörigen Grundstücken bestellt worden. Oder mehrere mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, dem persönlichen Schudner oder einem Dritten gehörig, gehen nach dem Tode des Eigentümers auf seine Erben, unter denen sich der persönliche Schuldner nicht befindet, über. Oder das bisher einheitliche Pfandgrundstück ist geteilt und unter Bildung mehrerer Grundbuchblätter und einer Gesamthypothek an mehrere Dritte aufgelassen worden (vergl. Koban a. a. O. S. 193). Wenn in diesen Fällen das Ausgleichsprinzip nach § 426 Abs. 1 nicht gelten sollte, so würde der befriedigende Dritteigentümer einen Regreß nicht nehmen können; er würde die Hypothek an seinem Grundstück erwerben und die Hypothek an den Grundstücken der übrigen Dritteigentümer würde nach §§ 1173 Abs. 1, 1181 Abs. 2 erlöschen. Nun bietet zwar eine Eigentümerhypothek dem Eigentümer, wenn auch nicht die vollen Rechte eines Gläubigers an dem mit einer Hypothek belasteten fremden Grundstücke, so doch mancherlei Vorteile. Er hat neben dem Eigentum an dem Grundstück in ihr ein Vermögensobjekt besonderer Art; er kann sich durch sie Kredit verschaffen, indem er sie an einen andern überträgt oder verpfändet; die Hypothek geht den etwa folgenden Belastungen im Range vor, was für eine Versteigerung der Grundstücke von Bedeutung ist. Dies ist aber für den Eigentümer bei weitem nicht so wertvoll, als wenn er z. B. die Hälfte, zwei Drittel, drei Viertel oder noch mehr von den unter gleichen Bedingungen Verpflichteten ersetzt erhielte.

6. Koban (a. a. O. S. 202) und mit ihm eine große Anzahl Schriftsteller meint nun, mangels eines besonderen Verhältnisses sei im deutschen Recht für eine Ausgleichung keinerlei Vorsorge getroffen (derselben Ansicht ist auch Sternberg a. a. O. S. 547 ff. und Brinck a. a. O. S. 97). Meines Erachtens kommt der § 426 Abs. 1 unmittelbar zur Anwendung, so daß der zahlende Dritteigentümer seinen Ausgleichsanspruch im Rahmen der §§ 1173 Abs. 2, bezw. 1182 auf das gesamtschuldnerische Verhältnis zwischen Dritteigentümern stützen kann. Es ist schon im vorigen Paragraphen darauf hingewiesen, daß zwischen dem Verpfänder einer Sache und dem Gläubiger ein realobligatorisches (quasiobligatorisches) Verhältnis besteht, und daß jeder diesem de facto als Schuldner gegenüber steht. Zum Beweise sind dort im Anschluß an Cohn (a. a. O. S. 412) die entsprechenden Bestimmungen des Hypothekenrechts und der Z. P. O. angeführt worden. Wenn es aber richtig ist, daß ein

Verpfänder als eine Art Schuldner anzusehen ist, so ist es logischerweise auch richtig, eine Mehrzahl von Drittverpfändern im Verhältnis zu einander als Gesamtschuldner anzusehen. Schon in der Kommission (s. Mugdan a. a. O. Bd. 3 S. 862) wurde auf die Analogie mit dem Gesamtschuldverhältnis und die daraus entspringende Anwendung des Ausgleichsprinzips hingewiesen. Auch das R. G. hat einer Erweiterung des Begriffs der Gesamtschuld das Wort geredet (s. Entsch. Bd. 61 S. 57 ff.). Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum hier keine Ausgleichung stattfinden soll, da doch bei den Mitbürgen und Drittverpfändern beweglicher Sachen ausdrücklich ein Regreß nach Maßgabe des § 426 angeordnet ist. Man könnte vielleicht geltend machen, das, was bei den Bürgen in Rücksicht auf die historische Entwicklung und persönliche Haftung das Gegebene, bei Verpfändung beweglicher Sachen allenfalls wegen der gesetzlichen Anordnung noch zulässig sei, könne bei der dinglichen Haftung von Liegenschaften ohne besondere Anordnung im Gesetz nicht angenommen werden. Dem gegenüber ist darauf hinzuweisen, daß sehr erhebliche Gründe für die Anwendung des Ausgleichsprinzips sprechen, daß für das praktische Leben die Billigkeit eine gleichmäßige Verteilung der Haftungslast in wirtschaftlicher Beziehung verlangt und daß dem gegenüber formelle Bedenken erst in zweiter Linie zu berücksichtigen sind. Wenn A, B und C für den Schuldner S zur Sicherstellung der Schuld eingetreten sind, so darf die Beantwortung der Frage, ob bei Insolvenz des S dem zahlenden A ein Ausgleichsanspruch zusteht, nicht abhängig sein von der Vorfrage, ob sie als Bürgen gutgesagt, Fahrnis verpfändet oder Grundstücke mit einer Gesamthypothek belastet haben; der ökonomische Effekt ist in allen drei Fällen derselbe, ob Bürgschaft, Faustpfand oder Hypothek, ist gleich: Wird einer von ihnen in Anspruch genommen, so wird sein Vermögen um den geltend gemachten Betrag verringert, ob er nun freiwillig zahlt, oder Zwangsvollstreckung bezw. Pfandverkauf erfolgt.

7. Es fragt sich nun, wie im einzelnen die Höhe des Ausgleichsanspruchs mangels eines besonderen Verhältnisses zu berechnen ist. In Uebereinstimmung mit der von Koban (a. a. O. S. 193 ff.) für das österreichische Recht ausgesprochenen Meinung bin ich der Ansicht, daß sich die Höhe der Regreßansprüche nach der Verteilungsregel des § 1172 Abs. 2 zu richten hat. Hier wird bestimmt, daß in den schon aufgeführten Fällen des § 1163 jeder Eigentümer Aufhebung der Gesamthypothek und Reduzierung der Hypothek auf die einzelnen Grundstücke im Verhältnis ihres nach Abzug der vorgehenden Belastungen gefundenen Werts verlangen könne (im Falle des Verzichts des Gläubigers ist eine gleiche Verteilung vorgesehen: § 1175). Für den Fall der Zwangsversteigerung finden sich ähnliche Bestimmungen in den §§ 64 Abs. 1, 112 Abs. 2, 122 Abs. 1 Z. V. G. (Auch im Erbrecht ist derselbe Grundsatz zur Anwendung gebracht: §§ 2166, 2167.) Wenn also ein Dritteigentümer ausgleichsberechtigt ist, so hat der Regreß nicht zu gleichen Teilen, sondern nach dem Wert der einzelnen Grundstücke zu erfolgen.

Es sind z. B. mit einer Gesamthypothek von 40 000 ℳ belastet ein Grundstück des A, eins des B und eins des C, von denen keiner der per-

sönliche Schuldner ist. Es soll angenommen werden, daß das Grundstück des A, auf dem die Hypothek an erster Stelle steht, einen Wert von 50 000 ℳ, das des B, auf dem der Gesamthypothek 20 000 ℳ vorgehen, einen Wert von 80 000 ℳ — 20 000 — 60 000 ℳ habe und das des B, auf dem der Gesamthypothek 10 000 ℳ vorgehen, einen Wert von 30 000 — 10 000 = 20 000 ℳ habe. Wenn nun B den Gläubiger in voller Höhe befriedigt, ein besonderes Verhältnis nicht besteht, und vom Schuldner nichts zu haben ist, so macht sich die Rechnung folgendermaßen:

$$\text{A } \frac{40\,000 \cdot 50\,000}{130\,000} = \frac{20\,000}{13} = 15\,384{,}62 \text{ ℳ},$$

$$\text{C } \frac{40\,000 \cdot 20\,000}{130\,000} = \frac{80\,000}{13} = 6153{,}84 \text{ ℳ};$$

es sind danach von A 15 384,62 ℳ und von C 6153,84 ℳ zu zahlen, während auf B selbst

$$\frac{40\,000 \cdot 60\,000}{130\,000} = \frac{240\,000}{13} = 18\,461{,}54 \text{ ℳ}$$

entfallen.

8. Falls B auch noch rückständige Zinsen bezahlt hat, und dem Gläubiger etwaige Kosten z. B. für eine löschungsfähige Quittung (vergl. § 1145) erstattet hat, so erhöht sich die Regreßsumme um diese Beträge (§ 1118). Nach der Zahlung erwirbt B also die Hypothek an seinem Grundstück in Höhe von 40 000 ℳ, während die Hypotheken an dem Grundstück des A und dem des C in Höhe von 1538,62 ℳ plus 6153,84 ℳ übergehen, und mit der an seinem Grundstück bestehenden Eigentümerhypothek in dieser Höhe eine Gesamthypothek bilden. Werden dann diese Summen von A und C an B bezahlt, so erwerben auch sie nach Maßgabe des § 1172 Abs. 2 die Hypothek an ihrem Grundstück als Eigentümerhypothek. Ist der Gläubiger nur teilweise befriedigt worden, so kann die Eigentümerhypothek nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden (§§ 1176, 1182 Abs. 2). Dem Gläubiger wird dadurch für den ihm verbleibenden Restbetrag der Vorrang vor dem auf den Eigentümer übergegangenen Teilbetrag gesichert (vergl. Zeitlmann a. a. O. S. 84).

Nach dem bisher Gesagten hat es bei der Auslegung, die wir den §§ 1173, 1182 gegeben haben, den Anschein, als wenn zwischen diesen Paragraphen und den Bestimmungen der §§ 1132, 1172, 1175 ein Widerspruch bestände, da diese Paragraphen weder auf die Ersatz- und Ausgleichsansprüche der Dritteigentümer, noch auf die Zugehörigkeit des persönlichen Schuldners zu den Grundstückeigentümern Bezug nehmen. Dieser Gegensatz ist jedoch nur ein äußerer. Die §§ 1132, 1172, 1175 haben das Verhältnis der Gesamthypothek zum Gläubiger im Auge und erleiden in dieser Beziehung auch keine Einschränkungen. Soweit aber die Spezialvorschriften der §§ 1173, 1182 über den Regreß der Eigentümer unter einander in Betracht kommen, gehen diese den Bestimmungen der §§ 1132, 1172, 1175 vor. Sollten einem Dritteigentümer seine Regreßansprüche durch den Gläubiger verkürzt werden, so kann er sie sich, gegebenenfalls auf dem Wege einer einstweiligen

Verfügung, durch Eintragung eines Widerspruchs bezw. einer Vormerkung, sichern lassen.

9. Und damit komme ich auf den letzten Punkt dieses Teiles, nämlich auf die Frage, ob der § 776, soweit er sich auf die Mitbürgen bezieht, auch auf Dritteigentümer verpfändeter Grundstücke Anwendung findet. Koban (a. a. O. S. 202) meint, der ausgleichsberechtigte Dritteigentümer sei gegen Verfügungen des Gläubigers über die Hypothek nicht geschützt; denn der Gläubiger könne nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 auf die Hypothek an einzelnen Grundstücken verzichten, ohne daß die Haftung der übrigen Grundstücke verringert werde; und das sei um so auffallender, als das Gesetz im § 1165 zugunsten des regreßberechtigten persönlichen Schuldners einen Schutz geschaffen habe. Ich halte diese Ansicht Kobans sowohl bezüglich des Resultats, wie bezüglich der Argumentation für verfehlt. Ich meine, wenn der § 1165 dem regreßberechtigten persönlichen Schuldner für den Fall des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek oder eines Teilbetrages von ihr in der entsprechenden Höhe seines Regreßanspruchs befreit wissen will, so ist das der beste Beweis dafür, daß es im Sinne des Gesetzes liegt, auch im Falle des § 1175 für einen etwa regreßberechtigten Dritteigentümer eine Befreiung eintreten zu lassen. Die Hypothek mag, wie es der § 1175 vorschreibt, erlöschen; sie erlischt ja auch im Falle der Befriedigung aus dem Grundstück. Man denke sich den Fall, daß unter den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke auch der im übrigen insolvente persönliche Schuldner ist, daß im internen Verhältnis der persönliche Schuldner im vollen Umfange der Schuld ersatzpflichtig ist, daß die übrigen Eigentümer einander nach dem Werte ihrer Grundstücke in der oben beschriebenen Weise haften und daß unter diesen Verhältnissen der Gläubiger auf die Hypothek des persönlichen Schuldners verzichtet: Wollte man in diesem Fall der Ansicht Kobans folgen, so müßten, da die Hypothek erlischt und die im Range nachstehenden Hypotheken nachrücken, die Dritteigentümer die ganze Schuld bezahlen, ohne von dem persönlichen Schuldner Ersatz zu bekommen. Das geht nicht an. Ich kann die Ansicht Kobans um so weniger teilen, als es der Grundgedanke des Gesetzes ist, daß in erster Linie der persönliche Schuldner, in zweiter Linie erst die Sicherungsverpflichteten haften sollen. Was aber dem persönlichen Schuldner zugute kommen soll, mit wieviel mehr Recht muß das nicht denen zugute kommen, die für ihn gutgesagt haben?

§ 7.

d) Ausgleichsansprüche zwischen den Drittverpfändern von beweglichen Sachen und von Grundstücken.

Es soll in diesem Paragraphen nur mit wenigen Worten des Falles gedacht werden, daß für eine Schuld von dritter Seite ein Grundstück mit einer Hypothek belastet und eine bewegliche Sache verpfändet ist. In Uebereinstimmung mit Koban (a. a. O. S. 203) bin ich der Ansicht, daß der § 426 unmittelbare Anwendung findet, daß also die Bestimmungen der §§ 412, 401

nur im Anschluß an § 426 Abs. 2 Platz greifen. Will man dem nicht beipflichten, so kommt man zu dem unhaltbaren Ergebnis, das von Breit (a. a. O. S. 287 f.) treffend »als Kette ohne Ende« bezeichnet ist. (Sternberg a. a. O. S. 556 will, da es sich hier im Gegensatz zur Bürgschaft um Sachhaftungen handelt, den befriedigenden Sicherungspflichtigen die übrigen Sicherungen mit der Hauptforderung nur dann und insoweit erwerben lassen, als er auf Grund Gesetzes, Vertrages oder besonderer Umstände einen Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Sicherungspflichtigen hat.) Es handelt sich auch hier um ein realobligatorisches Verhältnis, das die Drittverpflichteten der gedachten Art zu Gesamtschuldnern macht. Ich möchte jedoch hier von einem Regreß nach dem Werte der Pfandsache und des Grundstücks absehen und einen Ausgleich nach Kopfteilen, wie bei den Mitbürgen, eintreten lassen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird, da es sich im Prinzip um dieselbe Frage handelt, zur Begründung auf das schon Gesagte und auf die Ausführungen im nächsten Paragraphen Bezug genommen (vergl. Schulz a. a. O. S. 70 f.).

III. Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern.

§ 8.

1. Wir kommen nunmehr zu dem letzten Teil unserer Abhandlung, nämlich zur Behandlung der Frage, wie es bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners mit einem Ausgleich steht, wenn neben Bürgen noch Pfänder und Grundstücke für dieselbe Schuld haften und der Gläubiger, sei es durch freiwillige Zahlung, sei es auf dem Wege des Pfandverkaufs und der Zwangsvollstreckung, Befriedigung erlangt.

Es ist das Verdienst Strohals (a. a. O. S. 373 ff.), als erster diese ebenso schwierige wie interessante Materie zum Gegenstand eingehender kritischer Untersuchungen gemacht zu haben (s. Schulz a. a. O. S. 62). Nach ihm hat noch eine Reihe anderer Autoren in recht beachtenswerten Ausführungen das Problem zur Lösung zu bringen versucht.

Da es von großem Interesse ist, zu beobachten, wie durch den Austausch der Ansichten der Kern der Frage allmählich herausgeschält ist, so sollen sie zunächst nacheinander aufgeführt werden.

2. Nach Strohal handelt es sich bei Zahlung des Bürgen oder des Drittverpfänders um eine sogenannte Einlösungszahlung im Gegensatz zur Zahlung mit Tilgungswirkung. In dem Fall, daß ein Drittverpfänder, dessen Pfand neben einem Bürgen haftet, den Gläubiger befriedigt, scheinen, so führt er aus, nach § 1225 und dem in ihm zitierten § 774 die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner und alle Nebenrechte, somit auch das Recht gegen den Bürgen, auf den Drittverpfänder überzugehen (§§ 401, 412). Wenn nun der zahlende Drittverpfänder auch Eigentümer der Pfandsache sei, so erlösche das Pfandrecht nach § 1256 Abs. 1. Es scheine also die Folge zu

sein, daß der zahlende Drittverpfänder die Schuld auf den Bürgen abwälzen könne. Da nun aber auch der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedige, sich aus dem Pfande Ersatz schaffen könne, so scheine bei Insolvenz des Schuldners derjenige von beiden Teilen der endgültig Leidtragende zu sein, der mit der Befriedigung des Gläubigers zu spät gekommen sei.

Dieses Ergebnis hält Strohal für unmöglich. Er verwirft die Ansicht Biermanns (a. a. O. Anm. 1 zu § 1225; wie er Endemann a. a. O. § 141 Anm. 12 S. 932 und Staudinger a. a. O. 2. Aufl. Bd. 3 Anm. 2 zu § 1225), daß die Bezugnahme des § 1225 auf den ganzen § 774 auf ein Redaktionsversehen beruhe, und die Planck'sche Meinung (a. a. O. 1. und 2. Aufl. zu § 1225 Anm. 1 c), daß der Verpfänder von dem Bürgen auf Grund des § 1225 nur nach § 426 Abs. 1 Erstattung verlangen könne. Bei der Beurteilung der ganzen Frage sei von dem § 776 auszugehen. Dieser Paragraph sorge dafür, daß der Bürge an seinem Regreßrecht keine Verkürzung erleide. Der Drittverpfänder müsse allemal den endgültigen Schaden tragen. (Auch nach Sternbergs Ansicht — a. a. O. S. 561 ff. — ist das Verhältnis des Bürgen zum Eigentümer eines verhafteten Grundstücks oder einer verpfändeten, beweglichen Sache im § 776 geregelt.)

Zum Ausgangspunkt in der Begründung seiner Ansicht nimmt er den Fall, daß neben dem Bürgen ein hypothekarisch verpfändetes Grundstück haftet. Hier könne sich der Bürge allemal an das Grundstück halten. Wenn auch der Eigentümer die Schuld bezahle, so gehe zwar nach § 1143 Abs. 1 die Forderung und nach §§ 412, 401 auch das Recht gegen den Bürgen auf ihn über. Die Hypothek sei aber nach § 889 nicht erloschen, sondern zu einer Eigentümerhypothek geworden. (§ 1177 Abs. 1.) Wenn nun also der Eigentümer gegen den Bürgen Regreß nehme, so trete dieser seinerseits in die Forderung mit ihren Annexen ein und bekäme so die Möglichkeit, sich aus dem Grundstück zu befriedigen.

Bei dem Pfandrecht an der eigenen beweglichen Sache sei nun die Sache insofern anders, als dieses in geringerem Maße ausgebildet sei, wie die Hypothek am eigenen Grundstück. Es komme aber der § 1256 Abs. 1 in Betracht. Der Verpfänder habe jedenfalls dann ein rechtliches Interesse an der weiteren Existenz des Pfandrechts, wenn die Sache noch mit anderen dem Pfandrecht nachstehenden Rechten beschwert sei. Hier ergebe sich dasselbe Resultat wie bei der Hypothek (vergl. Wunderlich a. a. O. S. 85 f.).

Wenn die Sache aber nicht weiter belastet sei, so könne der zahlende Pfandeigentümer entweder die Sache als pfandfreie behalten; dann sei das Pfandrecht nach § 1256 Abs. 1 erloschen. Wenn nun der Pfandeigentümer Ersatz verlangen wolle, so käme der § 776 zur Anwendung, und er könne nur insoweit Regreß nehmen, als der Bürge aus dem aufgegebenen Pfandrecht nicht hätte Ersatz bekommen können. Oder aber er lasse das Pfandrecht bei der Befriedigung des Gläubigers bestehen: Dann müsse er, wenn er von dem Bürgen Ersatz verlange, auch das Pfandrecht auf ihn übergehen lassen; denn dieses müsse nach § 1256 Abs. 2 bestehen bleiben, falls nicht

die Aufgabe des Pfandrechts nach § 776 Satz 1 die Befreiung des Bürgen herbeiführen solle.

Mit Strohal stehen auch Martinius (a. a. O. S. 548), Sternberg (a. a. O. S. 564) und Lippmann (a. a. O. S. 180 ff.), seinen Ausführungen im Prinzip beitretend, auf dem Standpunkt, daß im Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfändern mit Rücksicht auf die zitierten Paragraphen letztere immer den leidtragenden Teil abzugeben haben.

Auch Koban (a. a. O. S. 210 ff.) schließt sich den Ausführungen seines Lehrers Strohal an; das mag ihn als Schüler ehren, gibt aber seiner sonst tüchtigen Arbeit einen durchaus unbefriedigenden Abschluß. Er hätte nach dem Ergebnis, zu dem er bezüglich des Mitbürgen- und Drittverpfänderregresses gelangt ist, auch bezüglich des hier fraglichen Regresses konsequenter Weise zu einem anderen Schluß kommen müssen.

3. Der Meinung Strohals ist zuerst, das Problem zugleich in ein weiteres Gesichtsfeld rückend, Breit (a. a. O. S. 283 ff.) entgegen getreten. Seine Ausführungen verdienen es ebenfalls, hier etwas eingehender wiedergegeben zu werden. Zu Strohals Ansicht komme man, wenn man die Paragraphen rein nach ihrem Wortlaut auslege. Es frage sich, ob die Anwendung der §§ 412, 401 so allgemein und ausnahmslos Platz greife, wie es nach der Fassung der Paragraphen der Fall zu sein scheine und bisher auch angenommen sei. Der in den genannten Paragraphen statuierte Grundsatz, daß die Forderung mit ihren Akzessorien in ganzer Höhe übergehen solle, werde in zwei bezw. drei Fällen unterbrochen: 1. bei der Mitbürgschaft, 2. bei der Gesamthypothek bezw. 3. bei einer Mehrzahl von Pfändern; in allen drei Fällen sollen die Sicherungen trotz des Ueberganges der ganzen Forderung nur in Höhe des Ausgleichsanspruches übergehen. Breit wirft sodann die Frage auf, ob in diesen zwei oder drei ausdrücklichen Ausnahmen die Formulierung eines neuen Prinzips liege. Er meint, der Nachweis hierfür dürfe erbracht sein. Strohals erste Prämisse, daß mit dem gesetzlichen Uebergang der Forderung alle Akzessorien in vollem Umfange übergehen, sei trotz der Fassung der §§ 412, 401 nicht zutreffend. In Wahrheit müsse die Frage, umgekehrt wie bei Strohal, dahin gestellt werden, ob der Ausgleich präjudiziell sei für den Uebergang der Sicherungen. — Er sucht dann an einigen treffenden Beispielen nachzuweisen, daß die Sicherungen dem Ausgleichsanspruch folgen, verwirft im Anschluß hieran für den Fall, daß über den Ausgleich nichts vereinbart ist, die Ansicht, der befriedigende Bürge bezw. Drittverpfänder erwerbe nach § 774 Abs. 1 bezw. § 1225 die Forderung und folglich auch nach §§ 412, 401 das Pfandrecht bezw. das Recht gegen den Bürgen. Das sei petitio principii; es empfehle sich eine individuelle Behandlung des einzelnen Falles und daher eine restriktive Interpretation der §§ 412, 401; und es erscheine die Anerkennung folgender Ausnahme am Platze:

»Das Gesetz läßt in verschiedenen Fällen den Uebergang einer Forderung als Ausgleich für eine zur Erfüllung dieser Forderung erfolgte Leistung des Cessionars an den Cedenten eintreten, zu welcher der Cessionar zwar dem Gläubiger-Cedenten gegenüber verpflichtet oder doch zur Abwendung

eines ihm sonst von Seiten des Cedenten drohenden Vermögensverlustes berechtigt war, die aber im Verhältnis zwischen Cessionar und Cessus ganz oder teilweise dem Cessus obliegt (§§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2 usw.). Besteht nun für die cedierte Forderung eine Sicherung (Hypothek, Pfandrecht, Bürgschaft), so ist zu unterscheiden, ob der durch die Sicherung Verpflichtete der Cessus selbst ist, was nur bei dinglicher Sicherung möglich ist, oder ein Dritter, was bei dinglicher Sicherung möglich, im Falle der Bürgschaft notwendig ist. Im ersteren Falle kommt die Regel, daß der gesetzliche Uebergang der Forderung den Uebergang der Sicherungen nach sich zieht, voll zur Geltung. Ist dagegen ein Dritter durch die Sicherungen verpflichtet, so tritt der Uebergang der Sicherungen auf den Cessionar nur ein, wenn ihm nach dem zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Innenverhältnisse gegen den Dritten Ersatzansprüche für seine Leistung an den Cedenten zustehen.«

Als evidenten Beweis hierfür führt er den § 1173 an. Falls ausdrückliche oder stillschweigende Abmachungen über die Ausgleichspflicht fehlen, seien zwei Lösungen möglich: entweder man stelle sich auf den formellen Standpunkt, daß das Gesetz nur eine Ausgleichungspflicht für die §§ 774, 1225 statuiere, oder man sehe in diesen Paragraphen den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, daß mehrere Sicherungsverpflichtete im Zweifel unter einander zum Ausgleich verbunden seien. Diese Ansicht entspreche den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit am meisten.

4. Breit endigt seine Ausführungen also mit einer Alternative. Um ein weiteres Stück hat Bendix (a. a. O. S. 84 ff.) das Problem der Lösung entgegengebracht. Nachdem er zunächst eine Uebersicht über die bisher vertretenen Ansichten gegeben hat, geht er im zweiten Teil zu eingehenden kritischen Erörterungen über. Er stellt sich der Ansicht Kremers (a. a. O. S. 187 ff.) und Boethkes (a. a. O. S. 859) entgegen, daß der Abs. 2 des § 426 beim Mitbürgenregreß nicht zur Anwendung komme. Die Entstehungsgeschichte des Paragraphen ergebe die Unrichtigkeit dieser Auffassung. Dies sucht er sodann im einzelnen nachzuweisen. Alsdann geht er zu Betrachtungen über den § 1225 über. Die Bezugnahme auf den ganzen § 774 sei kein Redaktionsversehen, wie Biermann meine; sie habe ihre volle materielle Berechtigung. Es würde allerdings nicht dadurch zwischen den Drittverpfändern und Bürgen ein mitbürgenähnliches Verhältnis geschaffen, wie Planck meine. Den Mitbürgen entsprechen vielmehr die Mitverpfänder (vergl. Wunderlich a. a. O. S. 46 Anm. 237 und 48 Anm. 252); und auch unter ihnen komme der § 426 ganz zur Anwendung. Den Mitbürgen und Mitverpfändern entsprechen ferner die mehreren Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke (§ 1173). Auf Grund dieser Betrachtung kommt er zu dem Ergebnis, daß Mitbürgen, Drittverpfänder und Dritteigentümer (zu diesen zählt er irrigerweise auch den persönlichen Schuldner) einander in Höhe des Ausgleichsanspruchs verpflichtet seien.

In einem dritten Teil kommt er sodann auf den Fall zu sprechen, daß für die Schuld des A eine Hypothek des B und ein Pfand des B haften.

Hier versage die Prämisse von ausnahmslosem Uebergang der Akzessorien und der Rechtssatz, daß der letzte der leidtragende Teil sein müsse. Seiner Meinung nach komme der § 426 unmittelbar zur Anwendung. Treffen mehrere Sicherungspflichtige, z. B. Bürgen, Drittverpfänder und Dritteigentümer hypothekarisch belasteter Grundstücke zusammen, so liege ein Gesamtverhältnis vor, wobei es unerheblich sei, ob sie die Sicherungen gemeinschaftlich oder unabhängig von einander bestellt hätten. Es entscheide lediglich für ihr Verhältnis zu einander der § 426 und zwar der ganze § 426.

5. Zu demselben Ergebnis kommt auch Cohn (a. a. O. S. 410 ff.), dem die Arbeit von Bendix scheinbar unbekannt war. Auch er geht von dem Unterschied zwischen Einlösungszahlung und Zahlung mit Tilgungswirkung aus und gelangt ebenfalls, weitere Beweise, auf die wir uns schon mehrfach bezogen haben, herbeischaffend, zu dem Standpunkt, daß Bürgen und Drittverpfänder beiderlei Art als Gesamtschuldner anzusehen seien und daß der § 426 direkt anzuwenden sei, ohne jedoch für die entscheidende Frage wesentlich Neues zu bringen. Zu erwähnen ist noch, daß nach ihm der § 1225 auch dann Anwendung findet, wenn es zum Verkaufe des Pfandes gekommen ist, und daß auch nach seiner Meinung ein Leistungsanspruch des Gläubigers gegen den Drittverpfänder, also ein gewisses quasiobligatorisches Verhältnis, wie wir es angenommen haben, besteht (vergl. Windscheid-Kipp a. a. O. II, 1107 und Schulz a. a. O. S. 46, 64 ff., der auf das französische Recht und seine Literatur verweist; sowie Staudinger a. a. O. 3. Aufl. Anm. 2b zu § 1225).

6. Nach dieser Uebersicht über die Literatur soll nun versucht werden, im Anschluß an die früheren Ausführungen, in denen wir schon in verschiedenen Punkten unserer abweichenden Meinung Ausdruck gegeben haben, die eigene Ansicht über den hier in Rede stehenden Regreß zu formulieren. Nach allem kann ich mich ziemlich kurz fassen. Ich kann mich der Ansicht Strohals, Sternbergs, Kobans und Lippmanns, der dem § 776 eine noch weitergehende Bedeutung beimißt wie Strohal (s. Lippmann a. a. O. S. 183 ff.) nicht anschließen. Der Kreis ihrer Voraussetzungen ist zu eng, ihre Beweisführungen bei allem Scharfsinn zu sehr Buchstaben-, zu wenig Gesetzesinterpretation in höherem Sinne, und ihr Resultat ist dementsprechend durchaus unbefriedigend. Es ist nicht richtig, bei der Beantwortung der ganzen Frage von den §§ 776, 1256 auszugehen (richtig Schulz a. a. O. S. 66). Der § 776 ist seiner Stellung im Gesetze nach, wie auch Planck hervorhebt, eine Spezialbestimmung. Es ist aber nicht richtig, bei der Auslegung des Gesetzes, wenn es sich um einen ganzen Komplex von Rechtsfragen handelt, von Spezialbestimmungen auszugehen. Richtig ist vielmehr, erst die im Gesetz niedergelegten Grundlinien festzustellen, und wenn dies geschehen, die Sondersätze in das Baugefüge ihrer Bedeutung gemäß einzureihen. Es unterliegt aber für mich, und ich stimme darin mit Breit vollkommen überein, keinem Zweifel, daß in den §§ 426, 774, 1225 und 1173 (1182) ein ganz bestimmter Rechtsgedanke seinen Niederschlag gefunden hat: Nicht Individualitätsprinzip, sondern soziales Verteilungsprinzip überall da, wo bei Aus-

übung eines Rechts seitens des Berechtigten von mehreren unter einander gleich Verpflichteten ohne besonderen Grund der eine leiden, der andere bevorzugt werden würde. Dies ist, allgemein gesprochen, der sich aus den zitierten Paragraphen ergebende Rechtsgrundsatz. Und mit ihm ist die Sonderbestimmung des § 776 in Uebereinstimmung zu bringen, jedoch so, daß die allgemeine Norm nicht zu Unrecht beschränkt und der Sondersatz nicht über seine Bedeutung hinaus ausgedehnt wird. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus folgender Erwägung: Die Bürgschaft ist nach Begriff und Wesen die Sicherstellung einer Schuld durch einen Dritten; dieser Charakter war schon im römischen Recht festgesetzt. Sie richtet sich seit jeher gegen die Person des Bürgen, gegen sein ganzes Vermögen und ist nach dieser Richtung hin ohne den Willen des Gläubigers keinem Wechsel unterworfen. Das Pfandrecht erschöpft sich dagegen — streng genommen — in dem Recht des Gläubigers an der Sache und zwar an der individuell bestimmten Sache. Von wem das Pfandrecht bestellt ist, wem das Pfandobjekt gehört, ist nebensächlich; wenn es nur da ist, darin liegt seine Bedeutung. Dieses Hervortreten der Person des Bürgen und das entsprechende Zurücktreten der Persönlichkeit beim Pfandrecht, ferner der Umstand, daß Pfänder und Hypotheken zumeist vom Schuldner selbst bestellt werden und die Verpfändung durch einen Dritten zur Sicherung fremder Schuld verhältnismäßig selten ist, machen es erklärlich, daß der Fall des Konkurrierens persönlicher und dinglicher Haftung für eine fremde Schuld durch Dritte trotz der Gleichheit des Effekts in wirtschaftlicher Beziehung eine besondere Regelung nicht gefunden hat. Und so hat denn auch der § 776 trotz des im B. G. B. zu Grunde liegenden Ausgleichungsprinzips den Fall, daß ein Pfandrecht oder eine Hypothek von einem Dritten bestellt ist, nicht besonders berücksichtigt. Das ist jedoch durchaus nichts Außergewöhnliches. Der Gesetzgeber hat bekanntermaßen nur die allgemeinen Normen zu fixieren, und es ist Sache der Wissenschaft und Praxis, diese mittels altbewährter Methode weiter auszubauen und mit einander zu vereinigen. Wenn nun der § 776 bestimmt, daß der Bürge insoweit frei werden soll, als er aus einem von dem Gläubiger ausgegebenen Pfand und Hypothekenrecht hätte Ersatz verlangen können, so ist diese Bestimmung dahin zu interpretieren, daß der Bürge in vollem Umfange des Ersatzanspruches frei werden soll, wenn es sich um ein Pfandrecht bezw. um eine Hypothek an einem dem persönlichen Schuldner oder dessen Rechtsnachfolger gehörigen Pfand oder Grundstück handelt. Gehören dagegen Pfand und Grundstück einem Dritten und liegen die mehrerwähnten Voraussetzungen vor, so ist der § 776, wie es oben auch bei den §§ 1173, 1182 geschehen ist, dahin zu interpretieren, daß der Bürge nur in Höhe des nach § 426 zu berechnenden Ausgleichsanspruches frei wird (vergl. Sternberg a. a. O. S. 563). Ich stehe ferner im Anschluß an die schon gemachten Ausführungen nicht an, den § 776 auch in derselben Weise zum Schutz von Drittverpfändern und Dritteigentümern analog zur Anwendung zu bringen, wenn der Gläubiger das Recht gegen einen Bürgen, das Pfandrecht an der Sache eines Dritten, oder die Hypothek am Grundstück eines Dritten

aufgibt. De lege ferenda wäre jedenfalls die Annahme einer dahingehenden Vorschrift sehr zu wünschen.

Die richtige Formulierung für den zugrunde liegenden Rechtsgedanken hat meines Erachtens Breit in dem oben wiedergegebenen Satz gefunden. Es muß in der Tat zunächst festgestellt werden, ob eine Ausgleichungspflicht gemäß § 426 besteht; und erst wenn eine Ausgleichung nicht stattzufinden hat, kommen die §§ 412, 401 uneingeschränkt zur Anwendung. Freilich mit Breits Schlußansicht, dem entweder — oder (Breit a. a. O. S. 292 f.), kann ich mich nicht einverstanden erklären; man muß sich für eines entscheiden, und da bin ich, wie bei den Drittverpfändern und Dritteigentümern von Hypothekargütern, in Uebereinstimmung mit Bendix (a. a. O. S. 91) und Cohn (a. a. O. S. 412) der Ansicht, daß der § 426, falls nicht aus Gesetz, Vertrag oder besonderen Umständen etwas anderes zu entnehmen ist, unmittelbar zur Anwendung kommen muß, und daß Bürge, Drittverpfänder einer beweglichen Sache und Dritteigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks, sofern die Sicherungen für dieselbe Schuld bestellt sind, als Gesamtschuldner anzusehen sind. Ich beziehe mich auch hier zum Beweise auf die oben angeführten Bestimmungen des B. G. B. (§§ 1137, 1142, 1146, 1211) und der Z. P. O. (§§ 592, 688, 794) sowie auf die Entscheidung des R. G. in Band 61 S. 57 ff. (vergl. Cohn a. a. O. S. 411).

7. Die obigen Ausführungen ergeben, daß auch der in der dritten und vierten Auflage des Planckschen Kommentars (a. a. O. zu § 1225 Anm. 2, c) ausgesprochenen Ansicht nicht zugestimmt werden kann, die dahin geht, daß zwar der Drittverpfänder einer beweglichen Sache das Recht gegen den Bürgen, das Pfandrecht an der Sache eines anderen Drittverpfänders und die Hypothek an dem Grundstück eines Dritten insoweit erwerbe, als er kraft besonderer Vereinbarung Ausgleichung verlangen könne, daß aber umgekehrt der Bürge weder einem Drittverpfänder und Dritteigentümer, noch der Dritteigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks einem Bürgen und einem Drittverpfänder einer beweglichen Sache gegenüber zum Ausgleich berechtigt sei. Er vertritt also den Standpunkt, daß der Drittverpfänder einer beweglichen Sache die von Dritten bestellten Sicherungen erwerben soll, soweit er Ausgleichung verlangen kann, während er dasselbe Recht einem Bürgen und dem dritten Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks nicht zubilligen will. Wäre diese Ansicht Plancks richtig, so wäre es im höchsten Grade unverständlich, weshalb der Gesetzgeber ausgesprochen gerade den Drittverpfändern von Mobilien das Ausgleichsrecht zugebilligt haben sollte. Es wäre insbesondere nicht einzusehen, weshalb die Drittverpfänder von Mobilien dieses Recht vor den Dritteigentümern der von Hypotheken belasteten Grundstücke, die doch auch — streng genommen — nicht persönlich haften, voraus haben sollten. Und man müßte, falls dies ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben wäre, Mittel und Wege finden, um solche Unstimmigkeiten aus der Welt zu schaffen. Ich bin nun aber, wie schon oben ausgeführt ist, der Meinung, daß der § 1225, für sich betrachtet, für eine solche Auslegung nicht die geringste Stütze

bietet, daß er vielmehr im Zusammenhang mit §§ 774 Abs. 2, 1173, 1182 das Gegenteil besagen soll, wie schon oben ausgeführt ist (vergl. Schulz a. a. O. S. 68 Anm. 2).

8. Von der Berücksichtigung des Werts der Pfandsache bezw. des Grundstücks möchte ich beim Zusammentreffen von Bürgen und Drittverpfändern von beweglichen Sachen und von Grundstücken absehen und einen Ausgleich nach Kopfteilen stattfinden lassen, in der Weise, wie beim Mitbürgenregreß ausgeführt ist. Der Ausgleichsberechtigte hat also einen internen Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 und nach § 426 Abs. 2 einen Ausgleichsanspruch auf Grund der actio cessa in der Höhe des Anspruchs aus dem Abs. 1, die beide im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz stehen, von denen also die Höhe des letzteren den Betrag des ersteren und umgekehrt nicht übersteigen darf. Natürlich steht dem zahlenden Drittverpfänder ein Ausgleichsanspruch nur dann zu, sofern nicht besondere auf Gesetz, Vertrag oder anderen Umständen beruhende Rechtsverhältnisse vorliegen, die den Ausgleichsanspruch beschränken oder ganz ausschließen. Ein Ausgleichsanspruch besteht ferner nicht nur, wenn die, sei es dingliche, sei es persönliche Haftung von allen Drittverpflichteten gemeinschaftlich und in der ganzen Höhe der Schuld übernommen ist, sondern auch dann, wenn sie hintereinander und für verschiedene Teile der Schuld übernommen ist, sofern sie nur hinsichtlich eines und desselben Teiles besteht. Hinsichtlich des Betrages gilt auch hier in Analogie zu den für die Mitbürgen und für die Drittverpfänder bestehenden Vorschriften, daß außer der von dem Hauptschuldner nicht beitreibbaren Summe auch die bezahlten Zinsen und die etwa erwachsenen Kosten anteilsweise gefordert werden können. Was endlich den Uebergang der Rechte der übrigen Drittverpflichteten auf den zahlenden Regreßnehmer anlangt, so gehen sie auch hier mit den etwa bestehenden Nebenrechten im Rahmen der §§ 426 Abs. 2, 412, 401 über, d. h. mit Abzug eines auf den Regreßnehmer selbst entfallenden Kopfteiles (s. oben).